

Una aproximación a la aplicación del análisis económico del Derecho al Derecho Constitucional

CHRISTIAN GUZMÁN NAPURI

Profesor de la Facultad de Estudios Generales - Letras de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCION

El propósito del presente trabajo es pretender investigar sobre si el análisis económico del derecho, puede ser aplicable a las más relevantes instituciones políticas consagradas en los textos constitucionales, a fin de elaborar constituciones que permitan la conformación de estados equilibrados, estables y respetuosos de los derechos particulares.

1.1. *El axioma del "hombre político"*

Ya Aristóteles en la "Política" ¹ había definido al hombre como un "animal político", es decir, como un ser que interactúa en sociedad respecto al gobierno de ésta. Desde un punto de vista más moderno, el hecho de que hablemos de un "animal político" en identidad con el hombre nos permite deducir que éste utiliza la inteligencia de la que está dotado para interactuar políticamente. Es decir, al interactuar políticamente en sociedad nos comportamos como seres razonables.

Por otro lado, la teoría económica ortodoxa, como presupuesto para el funcionamiento de la misma, consagra el axioma del "hombre económico", entendi-

do como el convencimiento de que el hombre actúa "maximizando beneficios y minimizando costos" en la toma de decisiones económicas. Es decir, actúa racionalmente². El acotado axioma, junto con otros más, son la base del pensamiento económico moderno.

Sin embargo, el axioma de hombre económico, inicialmente restringido, únicamente, a las decisiones que implicaban "bienes patrimonialmente valiables" fue ampliándose también a aquellos bienes respecto de los cuales de primera impresión no podía darse esa valorización.

Fue Gary Becker ³, Premio Nobel de Economía de 1992, quien amplía el campo de aplicación del "axioma del hombre económico" a otros campos, concluyendo que todo comportamiento humano implica un análisis de costo-beneficio, tras el cual se toma una decisión. Decisiones tan variadas como el matrimonio, tener hijos, enamorarse e inclusive suicidarse, implicarían una acción subjetiva comparativa en la cual se analizan los beneficios y los costos de la acción determinada, buscando la obtención de una utilidad. Debe quedar claro que esta utilidad, dada la ampliación del concepto, no necesariamente es patrimonial.

¹ ARISTÓTELES - "Política".

² TORRES LÓPEZ, Juan - "Análisis Económico del Derecho". Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1987, p. 30-31.

³ BECKER, Gary - "El Enfoque Económico del Comportamiento Humano". Introducción de libro "The Economic Approach to Human Behaviour". University of Chicago Press, 1976.

El termino incluirá entonces elementos como el de la satisfacción personal, el placer o los sentimientos. Es por ello que en lo sucesivo el análisis que vamos a realizar implicará la comparación de rubros patrimoniales y no patrimoniales.

Siendo esto así, el análisis económico aquí reseñado puede ser aplicable a toda conducta humana en el cual se toman decisiones libremente. Un ejemplo de tales decisiones es la llamada "decisión política" o lo que James Buchanan denomina "elección pública" (public choice)⁴. Tal decisión implica valoraciones subjetivas, e implica un análisis costo-beneficio previo. Siendo esto así el elector, individualmente considerando, antes de tomar una decisión de naturaleza política, ha analizado variables, buscando una utilidad. Es decir, está actuando racionalmente. A esto la doctrina ha considerado denominar "axioma del hombre político"⁵.

Un ejemplo interesante lo podemos observar al notar como toma un elector la decisión de votar por tal o cual candidato. Al determinar el elector el candidato de su preferencia, él piensa en términos de "que beneficios me va a dar tal candidato si es elegido para tal cargo" o de "no voto por este porque sus planteamientos no me van a beneficiar". Debemos indicar que muchas veces pareciera que el análisis no se presentara de la manera antes señalada; en especial cuando el elector decide supuestamente amparado en consideraciones de "simpatía", "carisma" o "vinculación política" del candidato. Sin embargo, el hecho que hayamos hecho una elección,

implica que ésta es racional, y como resultado de ello, que hubo un análisis previo⁶.

Igualmente, el análisis descrito líneas arriba puede ser aplicable al comportamiento del candidato una vez que este ha asumido el cargo al cual postuló. El político va a tratar de maximizar la utilidad del cargo que ocupa y eso se va a notar en su desempeño. Nosotros no hemos encontrado principio económico o político alguno que asegure que una vez en el cargo, el político va a actuar únicamente obedeciendo consideraciones de "interés público" o "bien común"⁷.

1.2. El sustento de la democracia

El axioma del hombre político es el sustento de la democracia. Sustento porque mediante el mismo se

justifica el hecho de permitir que el elector elija a quien desearía que lo gobernara. Es a partir de la sumatoria de las elecciones individuales de cada ciudadano, que se determina la composición de un parlamento

(en forma proporcional) o quien va a ser titular del poder ejecutivo o el gobierno (mediante la elección mayoritaria).

Un axioma, en la lógica, es una proposición que se presume verdadera y funciona como base para la construcción de una disciplina determinada, a través de proposiciones que se justifican unas a otras. Existen por ello axiomas en la matemática, en la física y en la economía.

"Algunas formas de gobierno, al no tomar en consideración en su adecuada dimensión el axioma del hombre político, resultan ser económicamente ineficientes"

⁴ BUCHANAN, James - "From Private Preferences to Public Philosophy: The Development of de Public Choice". Publicado en el volumen: The Economics of Politics, IEA, Londres, 1978, pp. 1-20. Buchanan, Premio Nobel de Economía, es muy claro al afirmar que "las personas deben ser tratadas como maximizadoras racionales de la utilidad en todas sus posibilidades de comportamiento" (el subrayado es nuestro).

⁵ DOWNS, Anthony - "Lógica Básica de la Votación". En: Teoría Económica de la Democracia, Editorial Aguilar S.A., Madrid, Primera Edición, 1973, p. 39 y ss.

⁶ Es necesario precisar que, desde el punto de vista beckeriano, el preferir un candidato únicamente por consideraciones de simpatía, por ejemplo, resulta económicamente consistente. Ello pues, al elegir al candidato que goza de su simpatía, el elector obtiene una utilidad. El satisfacer una preferencia, aun cuando ésta parezca irracional, genera siempre un beneficio.

⁷ En el presente trabajo vamos a demostrar que actuando el político también en forma racional, va a buscar, ante todo, maximizar la utilidad. Es necesario señalar que esta afirmación es consistente con lo observado en forma empírica en las sociedades modernas.

Cabe precisar, en este orden de ideas, que en las diversas formas de gobierno existentes se ha desconocido el axioma antes descrito, considerándose que en vez del elector, existen otros entes que se encuentran mejor capacitados para tomar una decisión eficiente respecto a lo que al citado elector más le conviene.

La dictadura, para citar un ejemplo de lo indicado, es la más flagrante negación a esta proposición. Las dictaduras en general, explícita o implícitamente, parten de la consideración que aquellos que dominan al Estado pueden tomar decisiones en forma más eficiente que el elector común. Es decir, un dictador sabe lo que más conviene a cada elector que él mismo. Otras formas de negación del citado axioma son las diversas formas de autoritarismo democrático existente en Latinoamérica y las monarquías de tipo teocrático que aun subsisten en ciertos países del mundo. Y tal como intentaremos demostrar en el presente trabajo, algunas formas de gobierno, al no tomar en consideración en su adecuada dimensión el axioma del hombre político, resultan ser económicamente ineficientes, y como resultado, inconsistentes con los resultados que se pretende obtener.

1.3. El papel del derecho constitucional

Tradicionalmente, el papel del derecho constitucional estuvo enfocado a la elaboración de las llamadas constituciones, que son las normas que regulan fundamentalmente el tema de los derechos de las personas (parte dogmática) y el tema de la estructura del estado (parte orgánica)⁸. El derecho constitucional es, en este orden de ideas, la disciplina jurídica encargada del estudio de las normas rectoras de los estados.

A fin de entender lo antes señalado, es necesaria cierta aproximación histórica. En los albores del constitucionalismo, la Constitución era una forma de

limitación al poder estatal, personificado en el Monarca a través de un organismo colegiado que pasó a llamarse Parlamento. El liberalismo, a su vez, aportó la consideración respecto de la cual la Constitución, por ser norma suprema, debía asegurar por un lado, el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos y por otro lado, una estructura estatal que evitase que el poder oprima a los ciudadanos. A este último punto aportó sobremanera la teoría de separación de poderes, analizada entre otros por John Locke y el Barón De Montesquieu. Debemos tener claro que el hecho que el poder del Estado se distribuyera entre distintas entidades susceptibles de controlarse mutuamente, podría asegurar un efectivo freno a la tendencia natural del Estado de adquirir un poder mayor al que tiene. El poder así controlaría al poder.

Por otro lado, el Derecho en general, como creación humana y fenómeno socio-cultural, se encuentra formado por, entre otras cosas, normas jurídicas, las cuales en principio, son elaboradas por el propio Estado, a través fundamentalmente del Parlamento (también llamado "Congreso" en las naciones con sistemas de gobierno eminentemente presidencial) y el Gobierno. Tales normas implican especialmente, que las mismas deben ser obedecidas. Y si no lo son, el Estado, en uso de su *Ius Impérium*, las hace cumplir. Es a lo que llamamos la coercibilidad del Derecho. Siendo pues la elaboración normativa, en realidad, una imposición, la cual puede o no favorecernos, ésta tiene una eficacia incierta. Desde el punto de vista beckeriano, la elaboración de la norma legal requiere un análisis previo, el mismo que debe implicar un costo-beneficio sobre la utilidad de la citada norma contra los perjuicios que puede generar, análisis que se centra, en realidad, en determinar el provecho que puede generar la norma a la sociedad en su conjunto.

Asimismo, el análisis económico del derecho es parte

⁸ DUVERGER, Maurice - "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional". Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, pp. 59,60. HAURIUO, Andre - "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, pp. 26-36.

del análisis funcional y como tal pretende determinar el efecto de cada institución en la realidad concreta. Entonces, en el caso del derecho constitucional, el análisis económico pretende, empleando el razonamiento propio de la economía, analizar el origen y los efectos de las normas en el ámbito político.

Queda claro entonces como puede resultar aplicable el análisis económico del Derecho al Derecho Constitucional. Este enfoque permitirá, en primer lugar, explicar el origen y funcionalidad de ciertas instituciones políticas plasmadas en los textos constitucionales, así como, de otro lado, proponer normas constitucionales que posean una mayor eficiencia social.

1.4. El postulado de eficiencia

Cuando se habla de eficiencia social, y así será en el presente trabajo, nos referimos a la definición paretiana del término. Wilfredo Pareto, economista italiano, define la "mejora en el bienestar social" como una situación que se genera si no se reduce el bienestar individual y por lo menos mejora un individuo. El criterio, basado en el axioma del "hombre económico", se funda en que el individuo es el mejor determinante de su propio bienestar y que la sumatoria del bienestar de todos genera el de la sociedad en su conjunto.

Una situación, hecho o política determinada es eficiente si como resultado de la misma se obtiene una mejora en el bienestar social. La concatenación de situaciones eficientes, que conducen al grado máximo de eficiencia, generan el llamado óptimo de Pareto, situación en la cual ninguna persona puede mejorar sin perjudicar a alguna otra⁹. Dada la ampliación de los conceptos realizada en acápite anteriores, debe entenderse que las mejoras indicadas son de la más diversa naturaleza y no solo patrimoniales.

1.5. Costos de Transacción - El Teorema de Coase

Ronald Coase, Premio Nobel de Economía del año 1991, demostró no solo que el contratar cuesta, sino además que en términos de eficiencia paretiana, el Derecho debe intervenir en la sociedad únicamente cuando los costos de contratar resultan tan elevados que no permiten que el mercado actúe por sí mismo.

El Teorema de Coase se enuncia de la siguiente manera: "si los costos de transacción son sensiblemente iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente"¹⁰.

Es decir, únicamente cuando los costos son muy elevados se justifica la existencia de una solución legal que permita la eficiencia social. Por ello, la intervención se restringe únicamente a la asignación de derechos a través de la norma legal.

Un ejemplo típico de lo que acabamos de plantear resulta ser el sistema de responsabilidad civil extracontractual. Supongamos que no existiese en el sistema jurídico un mecanismo legal que permitiese, directamente y a través del Estado, un resarcimiento a los daños que sufren las personas como resultado de actos de otros y cuando no existe una relación contractual entre ellos, como por ejemplo en accidentes de tránsito. Si dejamos que el mercado solucione el problema, nos vamos a encontrar con altísimos costos como los generados por la dificultad de que todos los potenciales peatones se pongan de acuerdo con todos los potenciales conductores (máxime si los conductores en ocasiones son peatones y viceversa). Y aún en el supuesto negado de que todos pudiesen ponerse de acuerdo, la ejecución de los acuerdos resultantes una vez ocurrido el daño deviene en harto

⁹ TORRES LOPEZ, Juan - Op cit, p. 32-33. Para una explicación matemática de la eficiencia paretiana ver KAFKA, Folke, p. 740 y ss.

¹⁰ BULLARD, Alfredo. "Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía 1991". En APUNTES Nro. 28, 1991. TORRES LOPEZ, Juan - Op cit, p. 50 y ss. POLINSKY, Michéil - "An Introduction to Law and Economics" Little Brown and Company. Boston, 1983, pp. 23-26.

complicada, dados los costos de tener que cuantificar éste y de determinar el nivel de responsabilidad. Estos costos generan que se deba crear un sistema normativo que "simule", empleando el Poder Judicial, el acuerdo al que habrían llegado las partes de haber sido posible la solución contractual.

En gran medida, el estudio que haremos en las líneas subsiguientes se encuentra relacionado con determinar los mecanismos a través de los cuales, en términos del Teorema de Coase, puede elaborarse normas constitucionales a través de las cuales se pueda obtener soluciones políticas más eficientes.

II. LA JUSTIFICACION DE LA DEMOCRACIA

Como lo hemos analizado en los acápites precedentes, el papel del Derecho Constitucional, tal como fue originalmente concebido, resulta ser el de un organizador del Estado, a fin que éste limite sus funciones y no se convierta en un opresor del pueblo. Los Estados, en un principio, se han organizado a partir de unidades políticas menores, las cuales tienen su origen en las tribus y estas a su vez en las unidades familiares propiamente dichas. Las tesis contractualistas suponen que la aparición de un Estado ha sido necesaria a fin de hacer posible que los primeros hombres lleguen a acuerdos en los cuales se respetasen mutuamente, en sus bienes y su propia integridad física.

En este orden de ideas, fue Rousseau¹¹ el primero en indicar, inspirado en Hobbes, que el Estado debe su existencia a una especie de acuerdo tácito entre todas las personas que engloba el citado Estado, acuerdo al que él llamó "Contrato Social". El Contrato Social resultaba indispensable, por lo menos en su conformación teórica, para explicar por qué el Estado podía

disponer de determinados derechos de las personas, en particular el derecho a la libertad individual (entendiéndose que, por ejemplo, la coercibilidad del Ordenamiento Jurídico es una limitación evidente de dicho derecho) a cambio que éste asegure una asignación adecuada de derechos individuales, así como su protección.

Vamos a tomar un ejemplo simple: el derecho a la Vida, considerado un derecho fundamental por todos los ordenamientos jurídicos existentes, resulta ser una titularidad protegida por el Estado a través de las llamadas reglas de inalienabilidad¹². Estas reglas implican la imposibilidad absoluta de pactar respecto de la disposición del derecho en cuestión. Es decir, el derecho a la Vida es indisponible¹³. Si nos restringimos a un punto de vista económico, la creación de titularidades, en especial las inalienables, justifica a los ojos del pueblo la existencia de un Estado¹⁴.

Muchos trabajos han pretendido, desde perspectivas políticas, jurídicas, sociológicas, e inclusive culturales, explicar la necesidad y funcionalidad del modelo de sociedad democrática liberal. Sin embargo, no ha sido común ver un análisis económico de la misma. A partir de dicho método hermenéutico intentaremos demostrar que la Democracia es la forma de gobierno económicamente más consistente, es decir, la menos costosa.

2.1. Costos de Organización

Para demostrar que la Democracia resulta ser el modelo de sociedad económicamente más consistente debemos recurrir primero al concepto de Costos Administrativos (Costos Operativos o Costos de Organización). Costo administrativo es el costo, en tiempo, dinero y esfuerzo generado por el funcionamiento del

¹¹ ROUSSEAU, Juan Jacobo. "El Contrato Social". Libro VI, Cap. VI. Es necesario señalar sin embargo, y a modo de adelanto, que tras un análisis profundo de los textos de Rousseau, estos muestran ciertas discrepancias con algunos de los principios enunciados en el presente trabajo. En particular en relación con el axioma del hombre político. Y ello, por que el contrato social supone la enajenación total de los derechos de cada "asociado" a la "comunidad".

¹² Para una explicación de la diferencia entre reglas de inalienabilidad, responsabilidad y propiedad ver: CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED, Reglas de la Propiedad, Reglas de la responsabilidad e inalienabilidad, Un Vistazo a la Catedral. En: Themis 21, PUCP.

¹³ La indisponibilidad del derecho a la vida explica, no solo por qué el homicidio es un delito, sino además porqué lo son también, en muchas sociedades, la eutanasia y la instigación y ayuda al suicidio.

¹⁴ No es materia del presente trabajo el analizar si se justifica o no la existencia de reglas de inalienabilidad. En general, basta con indicar que esta reglas elevan costos de transacción, en vez de reducirlos.

Estado¹⁵. El costo de los salarios de los funcionarios de la administración pública, el costo de la construcción de la sede de un Ministerio el costo de los materiales de una dirección de una entidad estatal determinada son ejemplos en dicho sentido. Los costos administrativos son más elevados mientras más grande sea el aparato estatal.

De acuerdo al Teorema de Coase, cuando los costos de transacción son elevados, es necesaria la asignación de titularidades (léase derechos subjetivos) y la existencia de adecuados mecanismos de protección de dichas titularidades (léase ordenamiento adjetivo) para poder llegar a la solución más eficiente¹⁶. Evidentemente, la intervención estatal genera un costo, traducido en la elaboración de las normas legales que asignan las titularidades y rigen los mecanismos de protección (por parte del Poder Ejecutivo y Judicial), y así como en la puesta en práctica y funcionamiento de uno o varios órganos encargados de la solución de conflictos en relación a

las titularidades (Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo o quienes hagan sus veces). En consecuencia, desde el punto de vista del análisis económico, el Teorema de Coase y la necesidad de asignación de titularidades no solo justificaría entonces la existencia de un Estado y de una solución legal determinada únicamente cuando los costos de transacción impiden una solución por parte de los particulares, sino además la necesidad de la existencia de estamentos diferenciados dentro del Estado encargados unos de asignar titularidades y otros de proteger estas.

Coase llegó a afirmar que el Estado podía considerarse como una gran empresa en la cual se toman deci-

siones centralizadas¹⁷. Estas decisiones incluyen a definiciones sobre cuanto se produce, como se produce, para quien va a producirse, así como tomas de posición respecto a como se distribuye el producto y a que forma se va a organizar la asesoría legal o quien va a realizar las auditorías. Por ejemplo, una empresa puede encontrarse en la disyuntiva de tener un Gerencia Legal, contratar un Estudio de Abogados o ambas cosas. La administración de la empresa realizará su análisis en función de la obtención de ganancias, aumentando los beneficios y minimizando los costos. Puede que considere que contratar al Estudio resulte menos costoso, pues tendría que pagarle por cada trabajo que realice, u otorgar una suma mensual muy alta. Puede que no lo considere así, dado que la empresa de la que hablamos no tendría que organiza-

una oficina nueva, contratar personal (labor que para las empresas grandes siempre resulta sumamente complicada ni tener que controlar el citado personal. En realidad, la empresa debería decidir si pagar por usar

el mercado (costos de transacción) o pagar por organizar a su empresa (costos de organización).

En particular, la toma de decisiones, y el control de los recursos, en una gran empresa podría ser tan costoso que puede originar que ésta comience a funcionar ineficientemente¹⁸. Si una gran empresa concentra demasiados recursos (considerando como tales personal, activos fijos, créditos y demás), la labor organizativa resultará cada vez más compleja. El crecimiento de la empresa la llevará a una situación en la cual no podrá controlarse la integridad de los recursos. A esto los economistas llaman un "deseconomía de escala". A la empresa le quedará únicamente dos caminos: reducir su tamaño, eliminando secciones

"Un Estado, supuestamente animado por un espíritu de 'bienestar social', debe procurar evitar desperdiciar recursos que por definición resultan ser escasos"

¹⁵ BULLARD, Alfredo. "Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía 1991". En APUNTES Nro. 28, 1991.

¹⁶ Ibid. loc. cit.

¹⁷ Ibid. loc. cit.

¹⁸ Ibid. loc. cit.

respecto de las cuales resultaría menos costoso utilizar el mercado, subcontratando a quien pueda hacer esa labor; o desaparecer del mercado. En la práctica, las empresas están separando o eliminando secciones, reduciendo su tamaño¹⁹ (mas no sus ganancias) y celebrando con empresas diversas simples contratos de prestación de servicios, mas no costosos contratos laborales²⁰. En nuestro país, sociedades como Telefónica del Perú, Alicorp, Backus y Johnston han empezado a contratar empresas para que realicen funciones que antes se encontraban asignadas a departamentos al interior de las mismas. En general, para una empresa de envergadura, realizar contrataciones en términos de prestación de servicios resulta ser menos costoso que crear un departamento especial.

En una empresa, una diseconomía de escala ocurre cuando ésta toma inadecuadas decisiones empresariales que implican excesivos gastos organizativos, no obstante que la utilización del mercado podría resultar menos costosa y por ende más eficiente. Observar esta situación, el empresario - hombre económico por definición - buscará maximizar su interés, procurará el menor costo posible y utilizará el mercado ahí donde éste es menos oneroso.

Los trabajos de Ronald Coase ayudaron a comprender porque los estados en los cuales se apostaba por una lógica colectivista y un organización centralizada y planificada son económicamente ineficientes. Los Estados que pretenden controlar todos los recursos existentes en la Nación son como la gran empresa que crece desmedidamente. Va a llegar entonces un momento en el cual la decisión centralizada no podrá controlar adecuadamente todos los recursos, generándose una diseconomía de escala, a escala na-

cional. Ese momento es en el cual debe decidirse ceder al mercado la responsabilidad de asignar los recursos. Las ideas de Coase, forjadas en la década de los sesenta, fueron confirmadas en los años noventa a través particularmente de la caída del sistema socialista, en especial el de la Unión Soviética. El Sistema colapsó simplemente porque el exceso de recursos a su cargo generó que se transformara en una diseconomía de escala²¹.

2.2. *La Justificación Coasiana de la Democracia Representativa*

Hemos visto que en un Estado, la toma de decisiones debe implicar generar el menor gasto posible. Un Estado, supuestamente animado por un espíritu de "bienestar social", debe procurar evitar desperdiciar recursos que por definición resultan ser escasos. Esta búsqueda implicaría utilizar el mercado ahí donde resulta menos costoso que el utilizar recursos estatales en controlar la actividad dada. Implicaría también por analogía, utilizar recursos estatales ahí donde la utilización del mercado resulta demasiado costosa. El Teorema de Coase justifica, de un lado, la privatización de empresas públicas, la creación de entidades que realizan las funciones de un seguro social, así como la atribución de facultades estatales a ciertos entes privados pero por otra parte la existencia de instituciones como el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual.

Definamos el Sistema político, en términos económicos, como si el mismo fuese un mercado. Como resultado de ello existirían ofertantes, que son los candidatos, potenciales miembros del Gobierno; pero también tendríamos demandantes, rol que correspon-

¹⁹ Respecto a la nueva organización de las empresas: DOMBOIS, Rainier, Modernización empresarial: reto para las Relaciones Industriales en América Latina. En: "Trabajo Industrial En la Transición: Experiencias de América Latina y Europa"; Rainier Dumbois, Ludger Priess, Editorial Nueva Sociedad, Caracas 1993, p. 6 y ss.

²⁰ Si analizamos con cuidado la legislación laboral peruana, por ejemplo, podemos constatar que celebrar contratos laborales resulta costoso, no solamente por los gastos en la propia contratación (que podrían considerarse en realidad como costos de transacción) sino también en mérito a los costos generados por la propia relación laboral (vacaciones, gratificaciones, seguro social) o la cesación de ésta (Compensación por Tiempo de Servicios, otros Beneficios Sociales, y en su caso, la indemnización por despido arbitrario), los cuales resultan ser típicos costos operativos.

²¹ Sin embargo, el problema de la ineficiencia administrativa derivada de un aparato estatal demasiado grande no resulta ser privativa de las naciones totalitarias. Los Estados Unidos, abanderados del liberalismo político y económico, poseen una administración pública sumamente ineficiente desde el punto de vista económico. Se sabe, por ejemplo, que solo una parte de las decisiones presidenciales llegan a su destino. Las demás se diluyen entre los asesores, secretarios y personal subalterno. El costo social de lo antes expresado resulta ser muy alto.

dería a los electores. Los electores, a su vez, mediante mecanismos adecuados y determinados previamente, eligen quién deberá gobernarlos²². Al momento de "contratar", el candidato se compromete de alguna u otra forma a hacer lo que el electorado²³ quiere, y éste a elegirlo. El incumplimiento del acuerdo tácito generaría a su vez que las oportunidades del candidato a ser reelegido sean menores.

A su vez, los elevados costos de transacción que se generarían de pretender esperar que los potenciales electores se pusiesen de acuerdo sobre que gobernante desean, obligan a recurrir al sufragio y como consecuencia, a la elección por mayoría en caso del Gobierno y a la elección proporcional en el caso del Parlamento (o Congreso). Las normas electorales reemplazarían a este "mercado". A mayor abundamiento, nos atrevemos a afirmar que los propios costos de transacción - definidos como los "costos de ponerse de acuerdo" - justifican la necesidad de sistemas de democracia representativa o semi-participativa. En Grecia, por ejemplo, resultaba relativamente factible la existencia de las llamadas Asambleas del Pueblo, típico ejemplo de democracia participativa, en la cual toda decisión estatal es tomada por la asamblea, a la que pertenecen todos los ciudadanos. Conforme aumenta la cantidad de ciudadanos, los costos que genera ponerse de acuerdo respecto a cuestiones de gobierno hacen inviable el modelo, pues se requerirían reuniones y votaciones para cada decisión a tomar. El sistema de sufragio universal, la creación de un Parlamento y los mecanismos legales de toma de decisiones estatales reducen tales costos. La solución legal simula el acuerdo al que llegarían los electores si pudiesen ponerse de acuerdo entre ellos.

Es aquí, creemos nosotros, donde se encuentra el punto de inicio de lo que estamos tratando de demostrar. Desde un punto de vista Cousiano, las normas legales que organizan el Estado, que generalmente parten de la Norma Constitucional de los mismos, pretenden que las decisiones estatales se tomen de tal forma que asemejen lo más posible a la decisión que habrían tomado los electores de haberse logrado poner de acuerdo. Asimismo, los costos administrativos asumidos por el Estado resultan ser, en principio, menores que los costos que tendría que asumir el pueblo en su conjunto para ponerse de acuerdo²⁴. Esa es la razón por la cual, desde el punto de vista del análisis económico, el Parlamento debe tener una conformación respecto a los partidos políticos que equivalga a la del electorado, así como es la razón por la cual en las naciones de régimen presidencial tiende a existir la llamada "segunda vuelta" (el "ballotage" francés). Caso contrario, no existiría ninguna seguridad de que el Estado actuara en beneficio del electorado que eligió a sus miembros.

En consecuencia, la constitución de una Nación determinada que pretenda diseñar una democracia eficiente deberá procurar, en primer lugar, una reducción plausible de los costos de transacción del electorado sin elevar excesivamente los costos administrativos, tomando en cuenta que el costo social generado por dichos costos administrativos debe ser sensiblemente menor a los costos de transacción eliminados.

2.3. La Justificación desde el punto de vista del comportamiento racional

En una democracia diseñada en forma adecuada debe existir, por lo menos, una tendencia evidente a una

²² Interesante desarrollo de lo indicado puede encontrarse en TULLOCK, Gordon - "El Voto como un Medio de Control Colectivo". En: GORDON TULLOCK, "Los Motivos del Voto", Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid 1979, Cap. III, p. 39. Asimismo en, BUCHANAN, James - "From Private Preferences to Public Philosophy: The Development of de Public Choice". Publicado en el volumen: The Economics of Politics, IEA, Londres, 1978, pp. 1-20.

²³ TULLOCK, Gordon - Op. cit.

A partir de ahora, definiremos electorado como aquella parte del pueblo cuyo integrantes se encuentran en capacidad de elegir o participar en la elección de autoridades públicas.

²⁴ Aquí hay una aparente paradoja que debemos dilucidar. Los costos administrativos asumidos por el Estado para "representar" al electorado, en gran parte resultan ser solventados por éste, a través de los tributos. Lo que ocurre, en primer lugar, es que mediante el sistema tributario el Estado aprovecha para solventarse y a la vez para redistribuir la renta e incentivar o desincentivar determinadas actividades. En segundo lugar, el costo que el electorado tendría que asumir en tiempo, dinero y esfuerzo para ponerse de acuerdo excedería abundantemente el gasto realizado por el Estado.

situación similar a lo que los economistas llaman, en un mercado de naturaleza patrimonial, libre competencia. La libre competencia permite conciliar el concepto de interés común con el afán de lucro del empresario común y corriente. En un mercado competitivo, el productor debe procurar producir mayor calidad y a menor precio que sus rivales, a fin de obtener mayores ganancias. Caso contrario, el consumidor va a preferir a su competidor, y el productor antes citado reducirá sus ganancias. Esta situación siempre beneficiará al consumidor, pues éste podrá elegir siempre la mejor calidad y el menor precio.

Ocurre que normalmente en una verdadera democracia existen incentivos para el comportamiento de los políticos en beneficio del electorado, no porque ellos quieran maximizar el interés público, sino más bien por el deseo de ser reelegidos o de mantener, en el peor de los casos, una cuota de poder.

Como ellos se encuentran compitiendo en un mercado en el cual el electorado pretende obtener mejor calidad (una mejor situación económica, seguridad ciudadana, respeto a sus derechos y libertades, cuotas de participación política; en ese orden de importancia) al menor costo posible²⁵, el político intentará obtener el mayor provecho de su cargo -porque él también es racional, procura maximizar beneficios y minimizar costos - antes que procurar el bienestar general.

Sin embargo, cuando una democracia se encuentra bien diseñada, el político que pretende obtener el beneficio esperado actúa beneficiando al electorado, pues entiende que, en el supuesto contrario, en el próxima elección no va a ser reelegido²⁶. En democracias diseñadas en forma deficiente, en las cuales la opinión pública es susceptible de ser manipulada, el político ha tenido que recurrir a mecanismos de cor-

te populista para asegurarse la cuota de poder necesaria, mecanismos siempre financiados con el uso de los recursos estatales. Esta es una de las razones por las cuales la reelección presidencial, en parte de Sudamérica donde se encontraba proscrita y/o restringida, ha sido nuevamente tomada en cuenta.

Precisamente, el diseño del sistema político - diseño cuya responsabilidad recae en forma plausible en la respectiva norma constitucional - debe procurar conciliar esta búsqueda de beneficio personal por parte del político, con una régimen político eficiente en el respeto a los derechos ciudadanos y el manejo democrático del aparato estatal.

2.4. *La Inconsistencia de la Dictadura*

Ahora bien, en lo que se denomina una Democracia Liberal existe un respeto irrestricto a lo que llamamos Libertades o Derechos Políticos. Entre ellos pueden incluirse las libertades de información, opinión y expresión (artículo 2 inciso 4 de la Constitución Política del Perú), el derecho de reunión (inciso 12), el derecho de asociación (inciso 13), el derecho a la participación política genérica (inciso 17), el derecho de petición (inciso 20), el derecho a participar en los asuntos públicos (artículo 31, 1º párrafo), el derecho a ser elegidos y elegir libremente (artículo 31, 1º párrafo in fine), el derecho vecinal a participar del gobierno municipal (art. 31, 2do. párrafo), el derecho al voto (artículo 31, 3º párrafo), el derecho a formar organizaciones políticas (art. 35) y otros más. Todos ellos hacen posible el control - más o menos relativo, dependiendo de la existencia o no de mecanismos de participación directa - de las autoridades políticas por parte del electorado. Cuando este control no existe, o se encuentra plausiblemente mediatizado, nos encontramos ante una Dictadura.

²⁵ Cuando hablemos de costos, utilizamos el concepto amplio de los mismos, en término de dinero, esfuerzo, tiempo y demás.

²⁶ La constatación realizada, consistente con la práctica democrática en sistemas políticos desarrollados, justifica en naciones menos desarrolladas una práctica muy común, denominada populismo y que se expresa en la necesidad de favorecer a las grandes masas en desmedro de la caja fiscal. El corolario de la aplicación del postulado de la racionalidad es el llamado Teorema del Votante Medio, enunciado por TULLOCK y que afirma que si un número de votantes con diferentes puntos de vista en un tema eligen votar, el resultado será el óptimo del votante medio. En un medio como el norteamericano, con un sistema bipartidista y una democracia con un diseño adecuado, podemos encontrar un control adecuado. En las naciones menos desarrolladas encontramos populismo.

La Dictadura parte de la negación del axioma del hombre político, eliminando algunos o todos los derechos anteriormente citados. El Estado supone que el electorado es incapaz de elegir adecuadamente a las autoridades que desea que lo gobierne y decide elegir y nombrar en reemplazo de su voluntad. Asimismo, destruye la organización estatal preexistente, cambiando la voluntad inicial de quienes confeccionaron la norma que la regula. Realiza entonces similar función que realiza el sistema jurídico y el Poder Judicial cuando los costos de transacción son muy elevados, simular el comportamiento del mercado, en este caso político, a fin de obtener el resultado más eficiente. De la misma forma, el Gobierno Autoritario pretende simular la decisión de la ciudadanía, a fin de obtener el que, en su opinión, podría ser el resultado más eficiente.

En primer término y de acuerdo al Teorema de Coase, la intervención estatal se justifica, en términos de eficiencia²⁷, cuando los costos de transacción resultan ser muy altos en comparación con los costos administrativos que se generarían al suplantar al mercado en determinadas circunstancias. Si el Estado interviene cuando dicha intervención resulta innecesaria, se generan costos de organización que la Sociedad entera debe asumir, considerando que el Estado traslada sus costos a través del sistema tributario²⁸.

Es aquí donde encontramos la primera gran inconsistencia de las Dictaduras, y por extensión, de todo Es-

tado Autoritario o Totalitario. La dictadura es socialmente costosa, porque genera un gasto que podría conjurarse, cediendo la iniciativa en importantes decisiones al electorado, en la particular la elección de los gobernantes, para determinar como debe organizarse el Estado y que personas deben asumir los cargos que conforman éste.

Hemos señalado que la lógica de la existencia de una democracia representativa se encuadra en pretender reducir los costos que harían imposible que el electorado se pusiera de acuerdo en cuanto a cuestiones de gobierno. El Estado reemplaza la voluntad de la ciudadanía, pero le permite intervenir en asuntos - especialmente la elección de los gobernantes, (referéndum, revocatoria) respecto de los cuales la toma de

“La democracia es el sistema político más eficiente en términos del análisis económico y que los sistemas dictatoriales (...) generan costos que no pueden ser permanentemente afrontados por el sistema”

decisiones - “Voluntad Popular” - no resulta excesivamente costosa para la ciudadanía, existiendo una solución legal que reduce los costos y siendo asumido gran parte del saldo de ese costo por el Estado.

Para el Estado autoritario, totalitario o dictatorial - para simplificar, asumiremos para estos efectos que los términos son sinónimos, dejando en claro que no lo son - los costos de organización generados al mantener la dictadura son menores que los que se darían al existir una apertura democrática y menores que los generados al electorado al obligarlos a tomar decisiones²⁹. Al amparo de tal suposición, el Estado Dictatorial intenta un control total de las fuerzas políticas del país. En primer término, elimina, mediatiza o dificulta (dependiendo de

²⁷ Debe quedar claro que, el Teorema de Coase nos dice que cuando los costos de transacción son muy reducidos, la asignación de derechos inicial no tiene importancia en términos de eficiencia. Sin embargo, puede resultar medular en términos redistributivos. Si asumimos que redistribuir no cuesta, notaremos que los Gobiernos emplean la asignación de derechos para favorecer a determinados sectores de la sociedad, animados también por consideraciones de “justicia o “bien social”. En particular, para CALABRESI y MELAMED, Op. Cit., estas consideraciones justifican la existencia de reglas de inalienabilidad, las mismas que no podrían ser justificadas mediante el Teorema de Coase. Sin embargo, en la práctica redistribuir sí cuesta, en especial si se redistribuye empleando el sistema tributario o los subsidios. POLINSKY, Michell - Op. cit. p. 123, 124.

²⁸ El Estado moderno se solventa también a partir de préstamos contraídos con instituciones exteriores o interiores. Lo que ocurre es que, en los hechos, el llamado “servicio de la deuda” se paga de la caja fiscal, formada fundamentalmente por tributos.

²⁹ Debemos señalar que el razonamiento que estamos empleando resulta igualmente válido para dictaduras de Izquierda o de Derecha. El presente análisis del costo social de las dictaduras resulta por completo independiente a la actitud del Estado respecto al libre mercado como tal. Pretendemos demostrar que una Dictadura generará una deseconomía de escala aun cuando su intervención en la actividad económica propiamente dicha sea limitada.

que tan embozado es el régimen) el ejercicio de los derechos a los que nos hemos referido líneas arriba; elimina entonces la libertad de opinión y expresión, prohíbe las reuniones y despoja de todo sentido al derecho de petición. En segundo lugar, desmonta el aparato partidario de las agrupaciones políticas que no comparten su modo de ver las cosas, exiliando y/o encarcelando a sus dirigentes. En tercer lugar, enmudece a la opinión pública, tomando y/o cerrando los medios de comunicación contrarios al régimen. Finalmente, reduce al mínimo la participación del electorado, celebrando elecciones únicamente para cuestiones puntuales, si es que las mismas se llegan a realizar. Todas estas acciones generan costos, que se traducen en la creación de ciertas entidades encargadas de hacer efectivos algunos mecanismos de control y generar la repotenciación de otras.

La segunda gran inconsistencia de las dictaduras la encontramos en la propia justificación económica de la existencia de la democracia representativa. Hemos visto que la razón de ser de un Estado en el cual existen garantías de representación es la de permitir simular de forma más o menos eficiente las decisiones del electorado como conjunto. En una dictadura, en la cual no existe Parlamento o el que existe se encuentra controlado por el Gobierno de Turno, no existe garantía alguna que el Estado actúe de acuerdo a lo que la ciudadanía desearía, al carecer por completo de representatividad³⁰.

La experiencia política nos muestra que en un primer momento la dictadura empleará medidas populistas para obtener cierta aceptación social³¹, pero luego, una vez que se hayan agotado los recursos, o las organizaciones sociales, económicas o políticas existentes reclamen verdadera participación, la dictadura empezará a comportarse mediante mecanismos represivos

que acabarán convirtiéndola en un régimen impopular. Y por si lo expuesto no fuese suficiente, la propia impopularidad del régimen generará mayor represión. Finalmente, el costo de la citada represión, entre otras causas, originará inevitablemente el colapso del sistema impuesto.

Finalmente, la dictadura incurre en una inconsistencia al negar por completo el axioma del hombre político. Para los dictadores, ninguno de los electores, ni el conjunto de estos, puede tomar decisiones en forma eficiente. Las dictaduras encuentran un pretexto para su existencia en la resolución de un problema de inestabilidad política preexistente, derivado de la dificultad e imposibilidad de la clase política para ponerse de acuerdo. En este orden de ideas, las Fuerzas Armadas de la nación determinada (las que normalmente apoyan o dirigen el golpe de estado) se autoatribuyen la misión de conjurar el peligro de una seria crisis de gobernabilidad. Necesariamente, la citada autoatribución implica, por un lado, que las fuerzas armadas conocen mejor que le conviene a cada cual, en términos políticos, que el propio elector. Pero, por otro lado, pretenden crear una imagen de temporalidad. Es decir, se quedan hasta que la crisis se corrija. Sin embargo, como los principios que hemos enunciado se podrían aplicar por igual a los civiles y a los miembros de las fuerzas armadas, podemos presumir, prácticamente sin que pueda existir estadísticamente error alguno, que el gobierno instaurado se mantendría en el poder hasta que la propia ineficiencia del modelo lo haga colapsar.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

El análisis económico del derecho es un instrumento muy útil para analizar los fenómenos jurídicos. En el

³⁰ Es que, como hemos señalado reiteradamente, una democracia diseñada adecuadamente es el único sistema que permite conciliar el deseo de poder del político con el "bien común". "De forma parecida, la democracia funciona de tal modo que los políticos que simplemente quieren detentar el poder público terminan haciendo lo que el pueblo quiere." TULLOCK, Gordon - Op. cit. p. 39.

³¹ La legitimidad de un gobierno posee componentes que no necesariamente tienen un contenido jurídico. De hecho, una sociedad llega a definir un poder como legítimo cuando éste se identifica con la imagen de lo que para dicha sociedad es válido. En una sociedad cuya tradición tienda a la democracia, la legitimidad se encuentra relacionada con el hecho de que el gobierno tenga un origen avalado por la norma constitucional. Pero, si la tradición de la sociedad determinada no resulta ser favorable a los sistemas democráticos, esta legitimidad se encuadra más bien en consideraciones de otra índole, como por ejemplo la simpatía del gobernante, las políticas populistas aplicadas, entre otras. Al respecto: DUVERGER, Maurice; Op. Cit., p. 30

presente trabajo nos hemos aproximado a tópicos de dicha aplicación en relación con ciertas instituciones de importancia en el Derecho Constitucional. Como resultado de ello, hemos podido demostrar en forma preliminar que la democracia es el sistema político más eficiente en términos del análisis económico y que los sistemas dictatoriales, por el contrario, gene-

ran costos que no pueden ser permanentemente afrontados por el sistema. Cuando, en el corto o mediano plazo, estos costos generen una deseconomía de escala, va a ser imposible la subsistencia del modelo. Desde el punto de vista económico, toda dictadura debería conformar, en el largo o mediano plazo, una democracia más o menos eficiente. ^{Desg}