Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

Pablo Larrañaga*

Constitucionalismo económico, políticas públicas y derechos humanos

Un buen gobierno implica dos cosas: primero, fidelidad a su objeto, que es la felicidad del pueblo; segundo, un conocimiento de los medios que permitan mejor alcanzar ese objeto. Algunos gobiernos carecen de ambas cualidades, y casi todos de la primera. No siento escrúpulos en afirmar que en los gobiernos americanos se ha prestado muy poca atención a la segunda.

JAMES MADISON, *El Federalista*, *LXII*

Introducción

América Latina es la región con mayor desigualdad del mundo, aunque no la más pobre en términos absolutos. México, en particular, ha tenido un crecimiento, en el primer trimestre de 2016, de 0.8 por ciento en el PIB,[1] en 2015, el PIB mundial aumentó 2.5 y el PIB de México 2.4. Sin embargo, ante los índices de calidad de vida (estudio elaborado por la OCDE), México tiene una calificación mucho más baja que la del promedio de los países que pertenecen a esa organización.[2]

América Latina es la región en vías de desarrollado con mayor número de gobiernos "democráticos", pero donde existen importantes riesgos de involución política. Tiene una extensión territorial de 22 222 000 km, con una población de 641'029, 000 de personas,[3] pero su aportación al PIB mundial es de $4 845 billones.[4]

Sumario

Introducción 871
La importancia de la infraestructura jurídica para el desarrollo económico 874
Dos concepciones del derecho y del constitucionalismo 878
Dos problemas teóricos para un constitucionalismo económico . 879
Políticas públicas y estándares de conducta 882
Políticas públicas, razonamiento jurídico y Constitución 884
Las políticas públicas en las economías de mercado y el desarrollo 886
Bibliografía 892

*IIJ-UNAM.

[1]Cifras del INEGI a mayo del 2016.

[2]OCDE, Better Life index, a 2015, consultado el 16 de junio de 2016, de http://www.oecdbetterlifeindex.org/es/countries/mexico-es/.

Perfil nacional económico de México, en http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Economico.html?pais=MEX&idioma=spanish .

[3]A 2016, de acuerdo con cifras de CEPAL: http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Regional_Social.html?idioma=spanish.

[4]A 2014, cifras del Banco Mundial: http://datos.bancomundial.org/region/LAC.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

Creo que es posible acordar de inicio que en nuestra región hay muchas cosas que mejorar en términos de lo que puede denominarse "justicia económica" (MacPherson, 1985): en América Latina producimos poco y distribuimos mal; y México no es una excepción en este escenario. También parece razonable pensar que un mejor desempeño de los operadores del sistema jurídico ha de tener una importancia central en mejorar estos indicadores, y en que su mejoría tendría un impacto en el bienestar de sus habitantes; o dicho en otros términos, en la satisfacción de sus derechos fundamentales o humanos.

Así pues, parece indiscutible que uno de los aspectos prioritarios en la evaluación de las instituciones jurídicas consiste en establecer sus efectos en el crecimiento de la economía y en los impactos distributivos del éste —o, lamentablemente en algunos casos, de la ausencia de tal crecimiento, o de lo que los economistas suelen llamar crecimiento "negativo"—. Ahora bien, sin duda un análisis ponderado de esta problemática tendría que distinguir, entre otras, cuestiones las relativas a las distintas concepciones del desarrollo humano que, como es sabido, no limitan esta cuestión al desarrollo estrictamente económico —aumento del ingreso en las economías familiares—, sino que incluyen dentro de la noción de "desarrollo" distintos factores que reflejan el grado goce de derechos y libertades fundamentales (Sen, 1999); cuestiones relativas a los diferenciales entre los índices de crecimiento económico (PIB) y los índices de desigualdad en la distribución de los beneficios generados en una economía —índices Gini y curvas de Lorenz— en los que se reflejan los efectos de la disparidad en la implementación de los principios del constitucionalismo democrático en distribución del bienestar social; cuestiones correspondientes a los efectos diferenciadores, estigmatizadores y marginalizadores del género, la clase social, el grupo étnico, etc; cuestiones relacionadas todas con la conformación de las políticas económicas y, particularmente, con las funciones de las constituciones en la regulación de la relación entre los estados y las economías a la luz del interés general o público.

No obstante, en este trabajo mi objetivo es mucho más restringido. Creo que en sociedades tan radicalmente injustas como las nuestras, éstas y otras muchas cuestiones constitucionales vinculadas con la compleja relación entre el derecho y la economía deberían ocupar un lugar más importante del que ahora tienen en la agenda del constitucionalismo democrático, pues, sin duda, se trata de temas situados en la primera línea de las demandas de justicia en nuestros países, que requieren reflexiones serenas y profundas a propósito de la configuración de los órdenes constitucionales latinoamericanos y de las causas del reiterado incumplimiento de sus promesas de justicia. Sin embargo, dado el contexto de este trabajo dirigido a integrarse en una obra colectiva que, en términos generales, se refiere al papel de los derechos en la sociedad mexicana en un sentido amplio, voy a reducir drásticamente la complejidad teórica, histórica, política, social, etcétera, del tema planteado, para centrarme en el núcleo de las razones "jurídicas" por las cuales, a la luz de las exigencias de un crecimiento más vigoroso de la economía, de una distribución más igualitaria de la riqueza y, en última instancia, de la realización de la justicia económica como valor constitucional, considero que la pertinencia y la calidad de la argumentación constitucional es una pieza particular-

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

mente relevante para potenciar los efectos positivos de un sistema jurídico en el crecimiento económico.

Así pues, atendiendo al contexto, en esta ocasión me voy a ocupar sólo de una cuestión específica pero, en mi opinión, en absoluto tangencial: los efectos de la calidad de las consideraciones de constitucionalidad como factor entre las condiciones del crecimiento económico. Por supuesto, éste es un tema demasiado amplio y difuso como para ser objeto de un único trabajo y, con más razón, para un capítulo en un libro. Por ello, lo que voy a intentar hacer en esta ocasión es trazar sólo el esquema general del argumento, con el propósito de someter a su consideración la relevancia del proyecto y, en todo caso, alentar su interés en el constitucionalismo económico.

Ahora bien, antes de empezar, parece necesaria la explicitación de un presupuesto o punto de partida respecto de los sistemas económicos en el que, por razones de espacio, no puedo extenderme: la necesidad de reconocer que, salvo casos excepcionales, las economías contemporáneas están configuradas fundamentalmente como economías capitalistas de mercado.[5] Lo anterior supone, por un lado, que la propiedad de los medios de producción y, por tanto, las decisiones de producción —es decir: qué bienes y cuánta cantidad de éstos se produce—, se encuentran, en la mayoría de los

[5]Como un producto de su tiempo, el constitucionalismo mexicano de principios del siglo XIX, siguió la doctrina clásica del constitucionalismo democrático en el cual se garantizaban expresa o implícitamente los derechos del hombre. Como es sabido, dentro de este paradigma, el Estado y la sociedad civil eran dos esferas separadas; la última tenía su propia dinámica y sólo requería del Estado para garantizar la libertad individual, la convivencia pacífica, la propiedad, la seguridad y los servicios públicos. La Constitución de 1857 se limitó a proteger el derecho de propiedad, a proclamar la libertad de industria y trabajo y a establecer como norma suprema del orden económico a la libre concurrencia. Por otra parte, el poder constituyente de 1917 se encargó de recoger los principios básicos sociales de la Revolución Mexicana, principalmente en sus artículos 27 y 123, se incorporaron los llamados "derechos sociales", referidos especialmente a los campesinos y los obreros. En una dirección estatal, durante la vigencia de nuestra Constitución se han hecho modificaciones y adiciones al texto de importancia vital para la transformación del sistema económico; podemos destacar la nacionalización del petróleo en 1940, la nacionalización de las energías eléctrica y nuclear en 1960 y 1975 respectivamente. Sin embargo, no puede pasarse de alto el fenómeno pendular mediante el cual la reforma constitucional de 1982 que nacionalizó la banca y fue derogada por la reforma del año 1990, siguendo la tendencia de la globalización económica neoliberal, como fenómeno que México no podía ignorar. En esta dirección, se generaron tratados, organizaciones y normas internacionales como el GATT, el Fondo Monetario Internacional. De esta manera se vuelve a concebir como un simple garante de la libertad y la seguridad y de poca intervención en las relaciones comerciales.

Así pues, aunque la constitución mexicana no hace referencia expresa a ningún modelo económico, pero a partir de una interpretación sistemática del denominado "capítulo económico", se puede inferir que se ha adoptado parcialmente el modelo neoliberal que, como es sabido, promueve la iniciativa privada como motor de producción. Así pues, aunque en el "modelo" mexicano el Estado interviene como rector de la economía nacional mediante la planeación y el control de actividades estratégicas, mediante el reconociemiento del patrón de desarrollo del siglo XXI y de la constante evolución de las relaciones internacionales, no es difícil concluir que México sigue las tendencias globales hacia un modelo de capitalismo regulado. En este orden de ideas, no sólo se ha dado, por ejemplo, la "constitucionalización" del estado regulador a través de la creación de órganos constitucionales autónomos para las materias de competencia y telecomunicaciones, sino que la Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente emitió una jurisprudencia acerca del papel del Estado como regulador del desarrollo económico, estableciendo que en el artículo 28 se da un diseño estatal para atender las necesidades de la sociedad, el cual descansa en la premisa de que esos órganos, por su autonomía y aptitud técnica, son aptos para producir normas en contextos de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo, a las que puede dar seguimiento a corto plazo para adaptarlas cuando así se requiera, las cuales constituyen reglas indispensables para lograr que ciertos mercados y sectores alcancen resultados óptimos irrealizables bajo la ley de la oferta y la demanda. Tesis: P./J. 46/2015 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima época, libro 26, enero de 2016, tomo I, p. 339.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

casos, bajo el control de agentes privados y, por otro, que la asignación o distribución de los bienes económicos se lleva a cabo, en principio, mediante la operación del mecanismo mercado —es decir: sujeto a las condiciones de intercambio—.[6] Este punto de partida tiene dos consecuencias importantes para perfilar la cuestión del papel de la justicia constitucional en el desempeño económico. En primer lugar, desde una concepción genéricamente liberal del orden social, se conceptualiza al Estado (la autoridad) y a la economía (el mercado) como "entidades" relativamente separadas, autónomas, que despliegan "lógicas" o "principios" parcialmente independientes. Esto permite establecer formas y grados de "interferencia" del poder político en la economía y viceversa. En segundo lugar, cuando, como en el caso que nos ocupa, lo que interesa destacar es la "interferencia" del poder político en la economía, esta relación puede describirse apropiadamente como una "relación regulativa" en la que la Constitución expresa, organiza y limita la relaciones entre el poder público y la economía, mediante la posibilitación, la ordenación y la limitación de relaciones económicas de mercado (Daintith, 1997) y (Weber, 1984: 63 y ss.). Teniendo en cuenta este "sistema económico de referencia" hablaremos, pues, de "constitución económica" para referirnos al "marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirven de parámetros para la acción de los agentes económicos"[7] y, consecuentemente, hablaremos de "constitucionalismo económico" para referirnos al conjunto de estudios teóricos, históricos, doctrinales, etcétera, descriptivos y valorativos, en torno a las distintas constituciones económicas (Larrañaga, 2012).

La importancia de la infraestructura jurídica para el desarrollo económico

Dentro del constitucionalismo económico existen, desde luego, distintas aproximaciones a la relación entre las propiedades del sistema jurídico-político, la constitución económica y el desempeño de las economías. En la literatura especializada pueden sintetizarse, *grosso modo*, tres grandes formas de aproximarse a la cuestión.[8]

[6]La idea de mercado depende de la noción de "mercancía" y ésta, a su vez, de que la asignación del bien en cuestión esté sujeta a la aplicación del principio *quid pro quo* (Lindblom, 2002). Esto es, un bien es una mercancía cuando existe una norma social que establece la asignación o *quid* (propiedad, acceso, dominio, disfrute, consumo, etc.), como consecuencia de un *quo* (traspaso, precio monetario, trabajo, etc.). En ese sentido, la susceptibilidad de ser mercancía no radica ni en las percepciones de los sujetos ni en las propiedades del bien en cuestión (servicios sexuales, órganos humanos, educación, alimentos, etc.) sino de la *elección social de la regla de asignación aplicable*. Si se decide aplicar el principio *quid pro quo* quiere decir que se desea convertir el bien en mercancía y, por tanto, que se pretende *constituir* un mercado para tal bien. En este sentido puede decirse, en términos de Weber, que un mercado es competitivo cuando existen dos tipos de "competencia" entre dos o más agentes económicos: la competencia por el intercambio y la competencia por el precio (Weber, 1984: 493 y ss.).

[7]Tribunal Constitucional Español, 16-XI-1981. Voto particular. Al respecto, *vid*., por ejemplo (Bassols, 1985).

[8]En esta descripción sigo fundamentalmente a Ogus, 2004. La literatura especializada en este tema es extensísima, pero a un lector interesado en una primera aproximación puede sugerirse (Hirschman, 1994).

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

La primera aproximación puede denominarse "liberal" por su raíz ideológica —la cual, por otro lado, como es bien sabido, coincide con las raíces históricas e intelectuales del constitucionalismo moderno—,[9] aunque por aplicación del modelo neoclásico y, fundamentalmente, por su insistencia en la evaluación microeconómica de los efectos de las normas e instituciones jurídicas en el desarrollo económico, en las últimas décadas ha venido a reconocerse como "movimiento" del derecho y economía.

En este orden de ideas, el origen de esta perspectiva puede reconocerse en algunos de los autores clásicos del pensamiento social como Hobbes, Locke, Smith y Weber.[10] Así, por ejemplo, Hobbes consideraba que los sujetos no entrarían en relaciones estables de intercambio sin la confianza en el poder coercitivo del Estado para hacer eficaces los contratos (Hobbes [1651] 1996, cap. XIV)[11] y, en esta misma línea de ideas, Locke sostenía que una función primordial de la comunidad política es la conservación de la propiedad de sus miembros, dentro de la cual, como es bien sabido, recogía el derecho a la vida, a la seguridad y a los bienes materiales (Locke [1690] 1988, cap. IX).[12] Asimismo, Smith recalcaba la importancia de "una tolerable administración de justicia" como condición para llevar al Estado "al mayor nivel de opulencia" de la sociedad (Smith [1776] 1979, libro IV, 697 s.). Por su parte, desde una perspectiva socio-histórica, Weber consideraba el ascenso del capitalismo estaba íntimamente relacionado con la consolidación de las modernas formas "racionales" de ejercicio del poder político.[13]

Posteriormente, dentro de los estudios de derecho y economía y, en particular, dentro del área del neoinstitucionalismo económico, se han desarrollado distintos programas de investigación especializados en el tema, entre los que cabe destacar los dirigidos a mostrar cómo los costes de transacción contenidos en la negociación y la ejecución de los acuerdos constituyen importantes barreras al crecimiento económico (Williamson, 1985) y aquellos que sobre la base de la constatación de una progresiva reducción de la incertidumbre en los intercambios, desde una perspectiva histórica intentan encontrar correlaciones entre el desarrollo económico y la evolución de instituciones jurídicas (North, 1990 y 1981).

En una segunda vertiente, los estudios que se agrupan en el rótulo "derecho y desarrollo" se han centrado fundamentalmente en explicar las distintas "disfunciones" del aparato jurídico en las economías no desarrolladas o en vías de desarrollo. Una primera generación de estudios trató de explicar la deficiente aportación de los sistemas jurídicos al desarrollo económico como una deficiencia en la adopción de los modelos institucionales de las democracias constitucionales occidentales: división de poderes,

[9] *Vid.*, por ejemplo Salazar, 2006 y Bobbio, 1989.

[10] Quizá no esté de más recordar que nos es hasta la segunda mitad del siglo XIX que puede hablarse de una separación teórico-doctrinal entre el constitucionalismo, la filosofía política y la economía política. *Vid.*, por ejemplo, Larrañaga (2009), cap. V.

[11] "If a Covenant be made, wherein neither of the parties performe presently, but trust one another; in the condition of meer Nature (which is a condition of Warre of every man against every man…): 96.

[12] "The great and *chief end* therefore, of Mens uniting into Commonwealths, and putting themselves under Government, *is he Preservation of their Property.* To which in the state of Nature there are many things wanting", pp. 350 y ss.

[13] *Vid.*, Weber [1925] 1984: 63.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

control de constitucionalidad, regímenes de propiedad, sistemas contractuales, etc. Sin embargo, este tipo de estudios mostró, en su conjunto, una escasa capacidad heurística, cuyas limitaciones pudieron constatarse a la luz de un estudio más detallado de las catastróficas consecuencias de los "transplantes" jurídicos animosamente impulsados tras los procesos de descolonización de las décadas de los cincuenta y sesenta del siglo XX.

En un efecto pendular respecto de las posiciones anteriores, en las décadas siguientes se desarrolló una segunda agenda de investigación alternativa dentro de este género de estudios, centrada en la consideración de las condiciones "ambientales" —culturales, políticas, históricas, etcétera— que hace viable la propuesta de reformas "estructurales" en la organización económica de los países en desarrollo (Trubek y Galanter, 1974). Sin embargo, aunque algunos de estos trabajos arrojan resultados útiles para la conformación de las políticas económicas puntuales, por lo general carecen de un enfoque integral que permita conformar propuestas sistémicas que vayan más allá de las recomendaciones genéricas que, por lo demás, coinciden de manera sustantiva con las ideas centrales de la concepción liberal a la que me acabo de referir.

Una "tercera ola" de estudios sobre derecho y desarrollo ha venido desenvolviéndose en las últimos años como consecuencia de las políticas generalizadas de privatización y desregulación de corte neoliberal que han recorrido el planeta y que en la década de los noventa del siglo pasado se condensaron en el Consenso de Washington. En este orden de cosas, como ha señalado Ogus:

> [...] Las reformas jurídicas han ocupado un lugar prominente en la agenda política por dos razones. Primero, porque de manera consistente con el análisis de las políticas públicas en las economías desarrolladas, la falta de crecimiento se ha identificado con la idea de "fallo del Estado", por lo que se consideraba que la regeneración del sector privado requería nuevas definiciones jurídicas y procesos de delimitación de papel del Estado en la economía. Segundo, porque las voces más influyentes cada vez estaban más convencidas de que una "buena gobernanza" era una variable crucial para explicar las diferencias en los índices de crecimiento económico (Ogus, 2004, 5).

Sería apresurado hacer un balance de esta tercera generación estudios sobre derecho y desarrollo económico, sobre todo en lo relativo a los efectos de sus recomendaciones de política pública (Minogue, 2002). Sin embargo, pese a que, en principio, quepa reconocerle los méritos, por un lado, de un mayor pluralismo y flexibilidad que las recomendaciones provenientes de las perspectivas de derecho y economía y, por otro, de un mayor esfuerzo de sistematicidad que los estudios provenientes de la corriente de derecho y desarrollo, dado el carácter transversal y gerencial de este tipo de análisis, en mi opinión, es posible adelantar ya la percepción de una relativa superficialidad en lo referente a la importancia de las instituciones jurídicas para un gobierno democrático *y* eficaz.

Una tercera aproximación es la de los estudios empírico y comparados. En una primera época estos estudios se centraron en la comparación entre los sistemas económicos capitalistas y socialistas (Beliner, 1999), pero más adelante, tras el proceso de

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

homogenización de la última década del siglo pasado, este tipo de análisis se han concentrado en los efectos de las transiciones políticas en el desempeño de la economía. Aunque los resultados de este tipo de estudios dista de ser homogéneo (Davis y Trebilcock, 2001), se pueden constatar ciertas tendencias en la relación entre la adopción de cierto tipo de estructuras jurídicas y el crecimiento económico. En este sentido, algunos análisis constatan, por ejemplo, que una mayor protección de los derechos de propiedad y un mayor control de la discrecionalidad de los poderes públicos conduce a un mejor desempeño de la economía (Banco Mundial, 1997) y, en este mismo orden de ideas, a través de sus efectos en la reducción de costos, algunos estudios han cotejado la relevancia de la calidad de los procesos judiciales en el crecimiento de la economía (Banco Mundial, 2002) y (Sheerwood *et al.*, 1994).

En todo caso, con independencia de la aproximación a la idea de "constitución económica" que se adopte, de esta esquemática presentación puede desprenderse que la doctrina dominante existe un acuerdo básico en que la existencia de cierta infraestructura jurídica generalmente conceptualizada como "Estado de derecho" es un factor relevante para desempeño de las economías. En este orden de ideas, en la literatura especializada las funciones del orden constitucional respecto de un adecuado desempeño de la economía converge sustancialmente en considerar que las condiciones normativo-institucionales para un gobierno sujeto al derecho operan como variables significativas del crecimiento económico (Banco Mundial, 1992 y 1997). Es decir, existe una convergencia sustancial en la idea de "imperio de la ley" como factor de crecimiento de la economía consistente, fundamentalmente, en la realización de las siguientes "buenas prácticas" constitucionales que pueden resumirse en los siguientes puntos: *a)* la existencia de reglas públicas y fácilmente accesibles; *b)* que tales reglas sean razonablemente ciertas, claras y estables —*i.e.*, que excluyan decisiones irrestrictamente discrecionales—; *c)* la presencia de mecanismos que aseguren la aplicación de tales reglas sin discriminación entre los sujetos; *d)* la existencia de decisiones vinculantes provenientes una judicatura independiente y mediante procesos judiciales expeditos; *e)* la previsibilidad de sanciones judiciales efectivas; *f)* el cumplimiento y la responsabilidad de los poderes públicos frente a las normas relevantes, etcétera (Ogus, 2004).[14]

En este orden de ideas, sobre la base de los presupuestos funcionales de las economías de mercado, los anteriores elementos normativo-institucionales son transcritos en nociones o principios con significación "económica", es decir, en condiciones "ambientales" del comportamiento de los individuos en contextos de mercado, susceptibles de ser interpretadas como condiciones de una conducta "económicamente racional": *a)* previsibilidad; *b)* seguridad; *c)* competencia; *d)* bajos costos de transacción, etcetera.[15] De este modo, la exigencia y la práctica del Estado de derecho o,

[14]Desde luego, esta es sólo una descripción muy somera. Se requiere no sólo la presencia de ciertos rasgos institucionales, sino también una determinada forma de "organización" gubernamental que genere coordinación entre los agentes sociales, y particularmente entre las ramas del Gobierno. Se trata, por decirlo en términos de Russell Hardin, de una constitución operativa en la esfera económica. Al respecto, *vid*., por ejemplo, Hardin (1999).

[15]Naturalmente, dejo aquí implícito el proceso de "transformación" de la conducta individual racional (maxizadora de la utilidad individual) en una conducta socialmente valiosa (generadora de bienestar social) que, por lo general, suele adop-

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

si se prefiere, de la Constitución económica es considerada, en términos instrumentales, como un medio para un fin: el desarrollo económico (Tamanaha, 2006). Dicho en otros términos, desde esta perspectiva "las instituciones [la Constitución económica] son las reglas de juego en una sociedad o, dicho con mayor formalidad, son *limitaciones diseñadas* por los seres humanos para moldear las interacciones. Consecuentemente, éstas estructuran los incentivos en los intercambios humanos, ya sean políticos, sociales o económicos" (North, 1990: 3. Cursivas mías).

Dos concepciones del derecho y del constitucionalismo

Ahora bien, la concepción instrumentalista del derecho implícita en los estudios a los que me acabo de referir, afín a la visión de los economistas y de los especialistas en políticas públicas, suele dejar insatisfechos y, en ocasiones, francamente incómodos a buena parte los juristas contemporáneos. Esto es particularmente cierto respecto de aquellos comprometidos con una idea fuerte de constitucionalismo que solemos identificar bajo el rótulo genérico de neo-constitucionalistas (Carbonell, 2003). Así, pese a converger enfáticamente en la valoración positiva de las prácticas constitucionales del Estado de derecho, las razones para tal insatisfacción son principalmente tres y, como es de esperar, se fincan en una teoría, una ideología y una metodología del constitucionalismo incompatible con el instrumentalismo como aproximación al Derecho, en general, y a la Constitución y el constitucionalismo, en particular (Atienza, 2007) y (Comanducci, 2003).[16]

El primero y más evidente motivo de insatisfacción tiene que ver con que la teoría del derecho implícita en el instrumentalismo niega un concepto sustantivo o valorativo de la constitución. En este sentido, para autores contemporáneos como Ferrajoli o Zagrebelsky, la dogmática y la teoría constitucional y, por tanto, la doctrina sobre las funciones del orden constitucional, incluidas desde luego aquéllas relacionadas con el orden económico, tiene que elaborarse necesariamente desde un punto de vista interno producto de una adhesión a los valores constitucionales. Es decir, la Constitución debe interpretarse en virtud de su propio carácter normativo y sobre la base de los valores que esta contiene y no como un instrumento para la realización de objetivos ulteriores como pueden ser, por supuesto, los vinculados con el desempeño de la economía.

La segunda fuente de insatisfacción, más difícil reconocer que la anterior, pero también relativamente fácil de especificar, tiene que ver con que el hecho de que la ideología del constitucionalismo tiene como objetivo primario la garantía de los derechos fundamentales y no, como el instrumentalismo implícito en los estudios que he reseñado antes, la conformación de estados de cosas que tienen una relación causal y, en todo caso, contingente respecto de la satisfacción de distintos intereses individuales y

tar la forma de alguna variante más o menos desarrollada de mecanismo de "mano invisible". En este orden de ideas, *vid*., por ejemplo, Buchanan (1991); Vanberg (2001 y 1994) y Persson y Tabellini (2005).

[16] Aquí el término "ideología" se utiliza en el sentido de concepción o sistema de ideas.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

sociales. Dicho en otros términos, las condiciones para el desarrollo económico de las que se ocupan las perspectivas anteriores pueden coincidir contingentemente, pero no necesariamente, con la satisfacción de derechos fundamentales.

La tercera causa de insatisfacción, de índole metodológica, es tal vez más difícil de definir que las anteriores, pero quizá también más fértil en términos de las consideraciones en torno a la importancia de la argumentación para la justicia constitucional que pretendo presentar en esta ocasión. La objeción puede sintetizarse de la siguiente manera. Al adherirse a la tesis de la conexión conceptual entre el derecho y la moral —cuya negación permite a los positivistas metodológicos distinguir entre el derecho como es y el derecho como debería ser—, el neoconstitucionalismo sostiene que los principios constitucionales pueden verse como un nexo entre "el" derecho y "la" moral —dicho en otros términos, "la moral positivisada" mediante los derechos humanos— y, consecuentemente, que cualquier decisión jurídica —y, de manera enfática, aquéllas de carácter judicial— estará justificada si deriva, en última instancia, de una norma o valor moral.[17]

Ahora bien, como es sabido, mientras que las decisiones en torno al contenido y el alcance de los derechos fundamentales se conforman mediante principios —*i.e.*, estándares de conducta "que deben ser obedecidos por ser una exigencia de justicia o equidad o de cualquier otra dimensión moral" (*principales*) (Dworkin, 1977: 22)—, gran parte de las decisiones que configuran las constituciones económicas y que, consecuentemente, guían el buena parte del diseño de las políticas públicas, suelen consistir en la aplicación de directrices —*i.e.*, "estándares que establecen un objetivo que debe ser alcanzado, generalmente el mejoramiento de alguna condición económica, política o social de la comunidad" (*policies*)— (*ibid.*).

A partir de aquí, el neoconstitucionalismo enfrenta fundamentalmente dos tipos de dificultades respecto de la justificación de las decisiones relacionadas con el constitucionalismo económico y, en particular, con la formulación de la política económica en el marco del orden constitucional: problemas de calificación y problemas de concreción. No puedo explorar con detenimiento ahora las consecuencias de cada uno de estos problemas, pero es preciso enunciarlos esquemáticamente para entrar en las consideraciones en torno a la importancia de la dimensión constitucional de las políticas públicas, para enfocarnos en el tema de desarrollo económico en la última parte del trabajo.

Dos problemas teóricos para un constitucionalismo económico

La primera dificultad tiene que ver con la concepción de orden normativo del neoconstitucionalismo. Al anclar, como he señalado, el orden constitucional en una relación conceptual entre el derecho y la moral y, consecuentemente, establecer las razones de corrección moral como razón última de la decisión jurídica —en particular, como veríamos, aquéllas de carácter jurisdiccional—, privilegiando el método de ponderación

[17] *Vid*, por ejemplo, Atienza (2007: 119).

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

como fórmula de resolución de los conflictos entre derechos, el neoconstitucionalismo enfrenta problemas respecto de la "calificación" de la constitución económica. Y ello es así por tres razones. Primero, porque, como he señalado, la base normativa de este sector del ordenamiento constitucional no la conforman derechos fundamentales —*i.e.*, sustentados en reglas o principios—, sino objetivos valiosos para la comunidad, por lo general, expresados o sustentados normativamente en directrices. Segundo, porque, como consecuencia de lo anterior, el razonamiento de aplicación del mandato no pertenece al género de las razones morales, sino políticas y/o administrativas; de modo que la forma de razonamiento típico se orienta por criterios de corrección técnica, no de corrección moral. Y, tercero, porque, como consecuencia de los puntos anteriores, la resolución de los conflictos entre valores, derechos o intereses no se circunscribe a la ponderación del peso relativo de estos dentro de un sistema axiomático de principios delimitado constitucionalmente sino que, como veremos con más detalle enseguida, al depender la concreción de la conducta prescrita tanto a las condiciones normativas como a las condiciones fácticas incluye, necesariamente, criterios de oportunidad y de eficiencia. En síntesis, tal y como lo he perfilado aquí, para el neoconstitucionalismo las decisiones de política pública se encuentran fuera de la esfera del constitucionalismo, en el dominio de la discrecionalidad política y/o administrativa.

La segunda dificultad, derivada de la anterior, tiene que ver, como apuntaba, con el problema de establecer las condiciones para el cumplimiento de los mandatos cuando estos no se refieren a una conducta determinada (reglas) o determinable mediante ponderación (principios), sino que establecen un mandato de optimización de un resultado (directrices). En este sentido, la concreción de los estándares de conducta es una condición necesaria para determinar si una decisión concreta de implementación de política económica es "correcta", "aceptable" o "válida" dentro del orden constitucional. Hay que advertir que no se trata, como en el problema anterior, de calificar como "constitucionalmente determinado" el contenido de las políticas económicas —lo cual, como he señalado, suele ubicarse, en mi opinión correctamente, dentro del domino de la discrecionalidad política—, sino de establecer si, una vez establecida una determinada orientación de la políticas públicas —incluida, desde luego, la política económica— sobre la base del mandato del conjunto de la constitución económica, la actuación de los poderes públicos, la acción pública, es o no "correcta", "aceptable" o "adecuada" por razones de la propia "constitucionalidad" del mandato o de los mandatos en cuestión. Se trata pues, de establecer si es posible definir criterios de corrección constitucional de las decisiones y acciones de los poderes públicos dentro de la esfera de discrecionalidad política y/o administrativa.

Solventar este segundo problema me parece particularmente importante a propósito de la posibilidad de un constitucionalismo económico que, pese a sus características "técnico-instrumentales", alcance un estatus normativo (constitucional) robusto en cuanto a sus criterios de validez y sus posibilidades de implementación mediante la orientación de políticas públicas. Por ello, en lo que sigue me propongo presentar algunos elementos teóricos, sobra decir, parciales e inacabados, para su solución.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

Como seguramente puede barruntarse, creo que las prácticas institucionales de los agentes jurídicos tienen un papel fundamental en la articulación de las dos piezas de la respuesta que intentaré presentar en las páginas siguientes. En este sentido, por una parte, considero que la única vía para configurar estándares razonables para la actuación de los poderes públicos, públicamente escrutables y, por lo tanto, democráticamente defendibles, es mediante la explicitación de las motivaciones y del contexto de actuación en el marco de las competencias constitucionales. Por otra parte, considero que cuando este tipo de estándares son considerados como criterios institucionales, organizacionales y procedimentales de los poderes públicos, tales criterios tienen un valor sustantivo que no tiene necesariamente un carácter moral; pero sí, desde luego, un importante valor social que responde a un sentido relevante de "constitución" u "orden constitucional" como organización racional de los medios sociales para alcanzar fines valiosos de la comunidad (Dahl y Lindblom, 2000).[18]

Dicho en otros términos, en las páginas que siguen pretendo sostener que aunque los sujetos normativos de las directrices son, en la mayoría de los casos, poderes públicos que despliegan sus poderes normativos para la definición de políticas públicas dentro del dominio de la discrecionalidad política y/o administrativa —en particular, aquélla relacionada con el diseño y la implementación de políticas públicas—, las condiciones del cumplimiento de los deberes establecidos por las directrices constituyen criterios normativos con un valor constitucional autónomo respecto de su estatus moral.

En este sentido, dado que, como veremos con más detalle enseguida, este tipo de condiciones coincide sustancialmente con las recomendaciones de buenas prácticas constitucionales, concluiré que el conjunto de razones que podrían aducirse desde el neoconstitucionalismo para excluirlas de un eventual juicio de constitucionalidad tienen sólo un carácter ideológico pero, desde luego, no de carácter teórico.[19]

[18]En este sentido, asumo que la racionalidad es un valor social. Ahora bien, aunque en los términos que señalaba antes, la Constitución económica refleja sólo parcialmente los términos de un equilibrio "correcto", "adecuado" o "racional" entre los modelos de coordinación socioeconómica que, para simplificar, llamamos "autoridad" y "mercado" y, por tanto, incluye sólo parcialmente las técnicas para la racionalización y control de la relación entre medios y fines sociales: las normas e instituciones jurídicas. Dahl y Lindblom señalan con claridad incomparable la naturaleza técnica de la actividad regulativa, enfatizando la panoplia de decisiones instrumentales envueltas en un concepto general de regulación: "¿Qué debe hacer una nación para alcanzar una organización política racional? Esta pregunta parece menos interesante que: ¿puede una nación alcanzar una organización político-económica racional? Pero, dependiendo de cómo se miren estas cuestiones, o bien la segunda no tiene respuesta o bien las dos preguntas son la misma. Que una nación pueda alcanzar una organización político-económica racional depende no sólo de las técnicas político-económicas que emplee, sino de la competencia económica y política de sus ciudadanos, de sus creencias y actitudes —de hecho, de su cultura en su conjunto—, así como de circunstancias fortuitas. "La cuestión de si una nación puede alcanzar una acción social racional está, por tanto, más allá del conocimiento de alguien, excepto cuando los procesos sociales y las técnicas pueden medirse sobre la base de los prerrequisitos de la acción social racional [...]. Dado que una acción es racional o irracional dependiendo de si logra o no los fines últimos hacia los que se dirige, debemos postular ciertos fines sociales. A partir de aquí, el análisis de los prerrequisitos es un estudio científico, no moral. Procede mediante el establecimiento de relaciones funcionales o condicionales, no mediante prescripciones" (Dahl y Lindblom, 2000: 18 ss. Cursivas mías.) He tratado este tema de manera específica respecto del diseño constitucional en Larrañaga (2011).

[19]Aquí el término "ideología" se utiliza en el sentido de ocultamiento o enmascaramiento de la realidad.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

Políticas públicas y estándares de conducta

¿Cómo podemos decir que un poder público es responsable de la eficacia de las políticas públicas, ambientales, educativas o de salud? Esto es, cómo podemos afirmar que tiene una "obligación jurídica" de mantener el equilibrio ecológico, de que los niños que forman parte del sistema de educación pública sean competentes en el manejo de la lengua o en la realización de ciertos cálculos elementales, o de que no proliferen padecimientos crónicos prevenibles entre la población.

Creo que para que tales enunciados tengan algún mérito resulta inescapable establecer con cierto grado de precisión condiciones concretas a partir de las cuales consideramos que ha cumplido con la responsabilidad asignada a la autoridad en cuestión por el orden normativo, es decir, tenemos que establecer algún estándar de conducta. Dicho en los términos expuestos en el inciso anterior: ¿supone la característica sensibilidad de las directrices a las circunstancias que las obligaciones por ellas prescritas no tiene medida de cumplimiento y que, por tanto, no podemos saber en qué casos se ha satisfecho el deber en cuestión? (Atienza y Ruiz Manero, 1996).[20] O, en términos de los ejemplos anteriores, ¿el hecho de que los responsables de la protección del medio ambiente, de la educación pública y de la salud pública tengan distintos objetivos parcialmente incompatibles y medios limitados para alcanzarlos, es un impedimento para que puedan exigírsele responsabilidad "jurídica" por ello? Y, en ciertos casos de una gestión pública catastrófica —lamentablemente demasiado frecuentes en nuestras latitudes—, cuando los medios establecidos en las políticas públicas concretas son manifiestamente inadecuados para alcanzar los fines prescritos ¿sería posible calificar la actuación de los poderes públicos como contraria al orden constitucional? Responder a las preguntas anteriores requiere desentrañar en el sentido de la fórmula "en la mayor medida de lo posible" que cualifica a las directrices como mandatos de optimización (Alexy, 1993) y (Atienza y Ruiz Manero, 1996).[21] Es decir, para avanzar en esta línea es preciso detenerse en la forma en que este tipo de normas de mandato constituye una guía de conducta.

Como es sabido, la configuración de cualquier estándar de conducta aplicable está construida sobre dos pilares que constituyen, a su vez, las principales condiciones de la justificación de los juicios normativos o valorativo formulados sobre la base de un estándar de conducta (Larrañaga, 1999). En primer lugar, se debe satisfacer la exigencia básica de que el sujeto normativo —esto es, a quien se le adjudica una obligación o carga— pueda *cumplir* con sus deberes o responsabilidades, pues, como no cuesta trabajo advertir, esta es una concreción del principio de que nadie puede estar sujeto a una obligación de imposible cumplimiento. En segundo lugar, el estándar debe tener en cuenta las *circunstancias particulares* del sujeto pues, de lo contrario, configuraría

[20] He analizado y criticado la idea de Atienza y Ruiz Manero de que las directrices tienen distintas medidas de cumplimiento en Larrañaga (2001). Reproduzco el argumento general de esta crítica en las páginas siguientes.

[21] Como es sabido, en la distinción que realizan Atienza y Ruiz Manero en principios y directrices, sólo estas últimas, pero no las primeras, son mandatos de optimización, mientras que para Alexy ambos tipos de normas constituyen mandatos de optimización.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

una obligación categórica incompatible con los principios básicos de la configuración de los sistemas jurídicos modernos (Hart, 1997).

En este orden de ideas, el *carácter concreto* y la *dimensión circunstancial* de la aplicación de los estándares de conducta resulta iluminadora para esclarecer la virtualidad normativa-directiva de las directrices. Así pues, para mostrar esta capacidad directiva de este tipo de normas de conducta, conviene recordar que aunque las directrices sean normas que prescriben la obtención de un objetivo o resultado, su contenido son conductas y no, naturalmente, estados de cosas. No es posible ordenar que tengan lugar estados de cosas sino, en todo caso, se pueden prescribir las conductas causalmente vinculadas con ellos. En este sentido, hay que tener en mente que aunque la técnica normativa de la formulación de las directrices ordene alcanzar un objetivo en la mayor medida de lo posible, se trata de formulación sintética —o, si se prefiere, elíptica— de un mandato que ordena *realizar ciertas conductas* que se caracterizan por tener una relación medio-fin (causal) con el objetivo especificado en la norma.

Siguiendo el argumento, podemos calificar las conductas causalmente adecuadas a un efecto, resultado u objetivo como conductas *oportunas* respecto para tal efecto, resultado u objetivo. De modo que diremos que *las directrices ordenan realizar las conductas oportunas para alcanzar un objetivo socialmente valioso*. Así pues, un primer paso para determinar la manera en la que las directrices guían la conducta individual y concreta de los poderes públicos consiste en tener en cuenta que, mientras que la configuración de las condiciones de aplicación de los principios sólo es sensible a una única dimensión de peso, que se balancea un principio respecto de la misma dimensión de peso de otro(s) principio(s) mediante una relación que podemos llamar de jerarquía o prioridad, las directrices, además esa dimensión de peso, jerarquía o prioridad, tienen una *dimensión de oportunidad* relativa las posibilidades fácticas, causales o técnicas para alcanzar el fin social en cuestión. De este modo, para determinar la(s) conducta(s) exigida(s) por una directriz constitucional, además de tener en cuenta su relativa prevalencia normativa respecto de otros principios y otras directrices constitucionales, el sujeto debe tener en cuenta las condiciones fácticas en las tiene lugar la relación medio-fin en cuestión.[22] Resumiendo, una primera condición para satisfacer los estándares de conducta configurados por las directrices consiste en realizar la(s) conducta(s) oportuna(s) para alcanzar el objetivo social definido por la directriz.

Ahora bien, este primer paso tiene que se completado con un segundo, consistente en tener en cuenta una circunstancia universal que juega un papel preeminente entre las condiciones fácticas de la relación medio-fin: la escasez de recursos (medios).

[22]Desde luego, para dar una imagen completa de la cuestión que estoy tratando aquí tendría que especificar la forma en la que opera el "balance" de las directrices dentro del sistema de principios y directrices. Como cabe esperar, la cuestión es complicada y depende, en buena medida, de si se considera, por un lado, que dado su contenido moral los principios tienen una prioridad absoluta respecto de las directrices y, por otro, que la decisión respecto de la relativa prioridad de las directrices depende legítimamente de la discrecionalidad política o administrativa. Naturalmente, el perfil de la respuesta que se dé a las cuestiones anteriores, y a un amplio conjunto de problemas de teoría constitucional que se vinculan con estas, depende en buena medida de la actitud que se tenga respecto del carácter "invasor" de la Constitución (Guastini, 2003), que la hace capaz de "condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales" (Atienza, 2007: 114 s.) Al respecto, *vid*., por ejemplo Mathieu y Verpeaux, eds., 1998.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

En este sentido, el sujeto normativo de una directriz no sólo tiene que tener en cuenta el conjunto de acciones oportunas para dar lugar al objetivo, sino que, además, entre los distintos cursos de acción disponibles tiene que elegir aquél, o aquellos, que configuren una relación *óptima* entre los medios y los fines. Así pues, con independencia del criterio de optimizaciones que se utilice, en principio, en cada momento y dado un determinado conjunto de medidos disponibles, el sujeto normativo de una directriz podrá configurar un conjunto determinado de acciones oportunas de modo que dé lugar al objetivo prescrito *en la mayor medida de lo posible*. A esta dimensión de las directrices le podemos llamar *dimensión de eficiencia*. Así pues, el segundo criterio para el cumplimiento de los estándares de conducta configurados por directrices consiste en realizar la(s) conducta(s) eficiente(s).

Políticas públicas, razonamiento jurídico y Constitución

Así pues, a partir de las consideraciones anteriores puede afirmarse que, mientras que las condiciones de aplicación de los principios se componen sólo de *razones de corrección* —*i.e.*, de su encaje respecto del sistema de valores de referencia—, la aplicación de directrices, además de responder a las razones de corrección, depende, por un lado, de razones estratégicas —o, si se prefiere, de razones de corrección en sentido técnico y no sólo axiológico— a las que podemos llamar *razones de oportunidad* y, por otro, de razones económicas referidas a la optimización de los recursos disponibles, a las que podemos llamar *razones de eficiencia*. En este sentido, a diferencia de los principios, en los que la ponderación sólo cumple la función de determinar las condiciones de aplicación —*i.e.* el peso o prevalencia del principio frente a otro(s) principio(s)—, sin afectar a la guía de conducta determinada de antemano por las consecuencias normativas contenidas en el propio principio —*i.e.*, la conducta prescrita—, en el caso de las directrices la ponderación de las razones de oportunidad y eficiencia cumple una función adicional: establecer los criterios concreción de la guía de conducta. Así, para saber qué conducta(s) debe realizar, el sujeto a quien se le asigna un deber mediante una directriz, es necesario establecer cuál(es), entre las conductas oportunas, resulta(n) eficiente(s). De este modo, aunque las directrices no establecen *a priori* una medida de cumplimiento, sí establecen implícitamente estándares de conducta respecto de los cuales es posible determinar *una* medida de cumplimiento específica: la realización de la(s) conducta(s) oportunas *y* eficientes para alcanzar el fin prescrito. Por ello, resumiendo, cuando el sujeto normativo de una directriz no realiza las acciones oportunas y eficientes para alcanzar el objetivo prescrito incumple el mandato contenido la norma, por lo que, naturalmente, si ésta tiene un rango constitucional incumple, entonces, un mandato constitucional.

La articulación de las razones de oportunidad y de eficiencia, y los juicios de prudencia que éstas implican, constituyen el problema central del diseño de la integración de la esfera de la discrecionalidad política y administrativa dentro del orden constitucional. Por ello, la especificación de los criterios mediante los cuales imputamos las

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de los deberes dentro de tal esfera debe estar en el eje de una teoría completa y bien estructurada del constitucionalismo que, desde luego, no es posible siquiera esbozar en este contexto. Sin embargo, creo que se puede concluir provisionalmente que no sólo la especificación de los estándares de conducta provenientes de las directrices ayuda a esclarecer el significado de la constitucionalización plena del orden jurídico, sino que constituye un buen punto de partida para entender mejor cómo puede llegar a operar el control constitucional del ejercicio de la discrecionalidad política y administrativa en un constitucionalismo robusto que, como he apuntado, no tiene por qué hacer propios los presupuestos teóricos, ideológicos y metodológicos del neoconstitucionalismo, sino que se justifica sobre la base de la propias condiciones de posibilidad del contenido de la constitución.

Esto es así porque, a diferencia de las distintas perspectivas de la relación entre el derecho y el desarrollo económico en términos instrumentales y de las objeciones del instrumentalismo provenientes del neoconstitucionalismo, que coinciden en describir las funciones de la constitución en relación con sus efectos en otros sistemas sociales, bien sea moral o económico, la idea de orden constitucional que estoy tratando de formular penetra en el diseño institucional (organizacional y procedimental) de los sujetos normativos de las directrices (poderes públicos), exigiendo la justificación de cada decisión discrecional a la luz de las propias condiciones de posibilidad del cumplimiento de las obligaciones prescritas por la constitución.

Dicho en otros términos, la exigencia de que los poderes públicos tengan una organización y establezcan procedimientos tales que en el ejercicio de sus facultades discrecionales tomen decisiones oportunas y eficientes para el cumplimiento de sus responsabilidades —*i.e.*, deberes prescritos por directrices— no tiene su fundamento, ni en razones dependientes de su relación contingente con el crecimiento económico, ni razones sustantivas dependientes, en última instancia, de un valor moral, sino en razones "pragmáticas" (Lindblom, 1979); y (Llewellyn, 1940). Desde luego, es necesario especificar en qué consisten tales razones "pragmáticas" y ésta es, sin duda, una tarea que no es prudente intentar emprender aquí. Sin embargo, como trataré de mostrar en la última parte de este trabajo, creo que puedo esbozar algunas de sus características retomando las "buenas prácticas" constitucionales a las que antes me refería como condiciones del "imperio de la ley" y, más concretamente, a su proyección como condiciones de una conducta "racional" en las economías de mercado: previsibilidad; seguridad, competencia, bajos costos de transacción, etcétera.

Así pues, lo que voy a tratar de mostrar en las próximas páginas es que cuando una economía se configura fundamentalmente como un sistema de mercado en los términos que indicaba al principio, existe al menos una "tercera vía" para justificar la práctica del Estado de derecho a la luz de su importancia para el desarrollo económico. Insisto, al no adoptar un punto de vista externo, esta "tercera vía" no hace suya una concepción instrumentalista del derecho pero, al no adoptar un punto de vista moral, tampoco condiciona el estatus normativo al valor intrínseco (constitucional-moral) de las prácticas o a su relación necesaria con la satisfacción de derechos fundamentales.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

Se trataría de una vía de fundamentación técnico-instrumental de los argumentos constitucionales cuya pertinencia depende fundamentalmente, como veremos, de su vinculación con los rasgos institucionales de los sujetos típicamente obligados por directrices: los poderes públicos. Pero antes de entrar en este último tramo del argumento general conviene hacer una recapitulación a propósito de las nociones básicas que he ido perfilando en las páginas anteriores.

En las páginas anteriores he perfilado un concepto técnico-instrumental de constitución económica como la organización de medios sociales para alcanzar fines valiosos. Esta noción de constitucionalismo se compadece con una caracterización de las directrices o *políces* como normas que prescriben realizar un objetivo en la mayor medida de lo posible pero, como vimos, este no es un obstáculo para considerar que este tipo de mandatos son susceptibles de configurar estándares de conducta. Este tipo de estándares de conducta se satisfacen mediante decisiones y/o acciones que responde a razones justificatorias prudenciales o de corrección técnica que, como apuntábamos, responden a la identificación, en las circunstancias concretas, del curso de acción oportuno y eficiente para realizar el objetivo prescrito. Veamos ahora, de manera muy general, cómo podrían formularse este tipo de políticas públicas —en particular, aquéllas que conocemos como políticas regulativas— orientadas hacia el desarrollo, tomando en cuenta que, como decía antes, las acciones públicas relacionadas la vida material de las sociedades contemporáneas —*i.e.*, con el desarrollo, independientemente de la concepción del mismo que se tenga— enfrenta una restricción institucional fundamental: está fundamentalmente organizada como economías capitalistas de mercado.

Las políticas públicas en las economías de mercado y el desarrollo

Desde luego, dada la complejidad de la dimensión organizacional de la vida material, no es en absoluto sencillo identificar y aislar las acciones públicas con impacto en el desarrollo de las distintas sociedades. No obstante, creo que una buena parte de las "políticas" públicas relacionadas con los distintos patrones de desarrollo en las sociedades contemporáneas se pueden delimitar y diferenciar sobre la base de los objetivos institucionales específicos; es decir, atendiendo a los fines particulares de los participantes en distintos planos o momentos de la actividad normativa en cuestión.[23] En este sentido, para los fines de esta exposición, en vez de trazar una tipología excluyente, creo que resulta oportuno adoptar una perspectiva gradualista en la que se reconozcan objetivos más o menos espefícos de la política pública en los distintos contextos y momentos de una actividad continua.

[23] No se olvide el lector que aunque haya muchas formas pertinentes de describir las políticas públicas, en este contexto me interesa su vertiente normativa, y no otras formas de enteder el poder público, como el desplazamiento de recursos sociales o su carácter simbólico, positivo o negativo.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

a) *Las políticas públicas dirigidas a organizar la actividad económica*. Una primera dimensión o, si se prefiere adoptar una aproximación secuencial, un primer momento de la actividad regulativa consiste en organizar la economía. Aquí, la actividad pública consiste en estructurar, sistematizar, constituir, etcétera, un conjunto de elementos normativos e institucionales sobre la base de un principio o de un conjunto de principios de organización. Estos elementos institucionales incluyen, entre otros, al derecho como sistema normativo, a las principales organizaciones sociales (el gobierno, las empresas, los sindicatos, las entidades financieras, etc.), a las distintas instituciones jurídicas particulares (el derecho de propiedad, la compraventa, el trabajo por cuenta ajena, etc.), a un amplio y variado conjunto de normas y valores que, quizá, cabe calificar como "cultura institucional", etcétera.

Como he señalado, en lo que respecta a la forma específica en la que las sociedades organizan la producción y distribución de bienes económicos, estabilizan el sistema económico y legitiman las trasferencias económicas particulares y, en especial, sus efectos distributivos, el principio fundamental de organización del sistema de mercado es que las relaciones económicas, definitorias del sistema económico son los intercambios regidos por el principio *quid pro quo*. La aplicación de este principio tiene tres implicaciones sistémicas particularmente importantes, que determinan las formas características del sistema regulativo en tanto que sistema institucional que organiza la economía en su conjunto.

En primer lugar, el acceso y la exclusión a los bienes económicos adopta básicamente la forma de derechos de propiedad; en segundo lugar, como consecuencia del elemento anterior, el alcance de las exigencias de asignación de bienes económicos está limitado por la capacidad de dar a cambio los derechos de propiedad y, en tercer lugar, la legitimidad de la asignación de bienes depende del acuerdo voluntario de quienes detenten los derechos de propiedad, lo cual introduce al autointerés como motivación psicológica dinamizadora del sistema económico. En otras palabras, las formas de acceso, los límites y los mecanismos operativos del sistema económico son configurados por el sistema jurídico a través, fundamentalmente del régimen de propiedad. Desde esta perspectiva, la forma y el contenido de las instituciones jurídicas moldea y subordina a las exigencias funcionales de la forma específica de organización económica, y no al revés. Es decir, la estructura institucional de la economía se *ordena* o se *diseña* en función de ciertas pretensiones y ciertos objetivos sociales expresados en las relaciones jurídicas: los derechos de propiedad.

En este orden de ideas, en relación con este principio funcional de coordinación social hay que recordar que el presupuesto conductual de la maximización de utilidad suele utilizarse como corolario del sistema en su conjunto: dado que todo acuerdo voluntario materializa los intereses de quienes lo realizan, toda asignación de derechos de propiedad que es resultado de transacciones voluntarias beneficia a los participantes y, por tanto, está legitimada internamente al sistema. La generación de este sistema de mercado es tanto el resultado de medidas intencionalmente dirigidas a ello, como el efecto de hábitos, valores sociales, cultura organizacional, etcétera. En este orden de ideas, la técnica fundamental de organización jurídica del mercado

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

consiste en la provisión de estructuras formalizadas para el intercambio de bienes y servicios: el derecho privado. Así pues, la regulación organiza o crea economías de mercado, en primer lugar, estableciendo derechos de exclusión respecto del acceso a bienes y servicios, haciéndolos susceptibles de ser intercambiados mediante acuerdos voluntarios de intercambio de derechos de propiedad y, en segundo lugar, sosteniendo estructuras institucionales que hagan estables los intercambios voluntarios mediante el derecho de contratos.

Así pues, si se considera que las instituciones de derecho privado, fundamentalmente los derechos de propiedad y el derecho de contratos, pero también, indirectamente, fórmulas jurídicas como la responsabilidad extracontractual y el régimen sucesiorio, cumplen adecuadamente los objetivos sociales de asignación y distribución de bienes económicos, no resulta excesivamente complicado determinar la dimensión jurídica de las políticas regulativas de creación y estabilización de los mercados en tanto formas paradigmáticas de estructuración de los acuerdos voluntarios dentro del marco de la autonomía privada.

Ahora bien, si se reconoce —como me parece inevitable— la existencia de "límites" o "fallos" del mercado, la política regulativa dirigida por objetivos de eficiencia consistente en incentivar los acuerdos voluntarios como forma de coordinación económica mediante remoción barreras normativas (prohibiciones, licencias, estándares, etcétera), resulta mucho más difícil de justificar coherentemente. En cualquier caso, si vemos la organización del mercado como la estructuración normativa de los acuerdos voluntarios, la creación, la estabilización o el perfeccionamiento de mercados mediante la inhibición de estructuras regulativas de los acuerdos voluntarios propias del derecho público a favor de formas regulativas propias del derecho privado, es una elección regulativa y no, como suele sostenerse, un proceso de "desregulación" sin más.

Como resulta obvio, la transferencia de las funciones de coordinación social del espacio público al privado es una decisión que debe ser justificada en términos funcionales y que, desde luego, no tiene nada que ver con el retorno a una situación social "natural", sino con decisiones implícitas de distribución de poder social que impactan directamente en patrones de desarrollo o subdesarrollo.

b) *Las políticas públicas como elementos de política económica*. El horizonte de las políticas públicas como elementos de "la" política económica es más limitado que su papel como factor de organización. De hecho, cualquier política económica tiene lugar dentro del marco del sistema económico de referencia, por lo que se encuentra limitada por los propios rasgos estructurales de esta última. En el caso del sistema de mercado, el propósito de las políticas públicas como elementos de la política económica es implementar, consolidar y desarrollar las condiciones normativas para la operación de mercados particulares. En este sentido, su función es primordialmente técnica y tiene dos objetivos concretos fundamentales: proteger y perfeccionar mercados en términos de su potencial eficiencia social.

Las políticas públicas protegen un mercado cuando, en primer lugar, desincentivan eficazmente la transferencia no voluntaria del control sobre bienes económicos y, en segundo lugar, cuando implementa mecanismos institucionales que hacen previsibles

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

los efectos de los intercambios voluntarios; esto es, cuando respaldan eficazmente las transferencias mediante procedimientos para prevenir o solucionar conflictos incluida, desde luego, la amenaza del uso fuerza.

Una política pública perfecciona o corrige un mercado en particular cuando a través de cambios normativos y transformaciones institucionales hace más eficientes las propiedades funcionales del mecanismo de mercado. Para ello, tiene que combatir los distintos limites estructurales de diseño de los mercados que conducen a que los intercambios voluntarios sean "deficientes" en términos de las propiedades sistémicas del propio mecanismo, y que, consecuentemente, hacen que los resultados de la operación de mercado específico no sean, en un momento dado, socialmente valiosos (falta de competencia; información insuficiente, excesivos los costes de transacción, etcétera).

c) *Las políticas públicas como límites de las transacciones voluntarias*. El horizonte de esta función de las políticas públicas es aún más estrecho que el anterior, pues no sólo da por sentado las estructuras de mercado como sistema de coordinación socioeconómica de referencia, sino que la actividad gubernamental tiene lugar a partir de la existencia —o la potencial existencia— de intercambios específicos en mercados particulares. La razón de ser de esta actividad gubernamental es que, en tanto arreglos institucionales, los mercados resultan inadecuados para resolver ciertos tipos de problemas y que, en ciertos casos, no sólo no contribuyen a gestionarlos sino que los agravan o, incluso, los generan.

La idea "límite" supone que los mercados son, por definición, formas de organización socioeconómica inadecuedas respecto de ciertos fines que considerados valiosos por la sociedad en cuestión. Por ello, sus resultados no pueden ser aceptados sin reservas. Esto implica, naturalmente, que desde un punto de vista de una concepción amplia del bienestar social, el ámbito del mercado debe limitarse sólo a las áreas y a las condiciones en las que realiza funciones valiosas en términos de fines u objetivos sociales autónomos respecto de la esfera de la economía.

Como se desprende de la anterior postulación de los horizontes de las políticas públicas respecto del desarrollo, dentro de sus respectivos sistemas político-económicos las sociedades contemporáneas llevan a cabo funciones de control y racionalización de la conducta social mediante la técnica jurídica compleja que llamamos "regulación". Desde una pespectiva weberiana de la conformación del mercado como estructura social, la técnica de la regulación puede entenderse como procesos de "juridicación" del mercado, en los que las constituciones tienen un papel particularmente relevante en tanto referente del orden jurídico en su conjunto.

Como hemos visto, esta técnica se despliega en distintos niveles complementarios en los que las normas e instituciones jurídicas realizan tres grandes tipos de funciones básicas respecto de la conformación del sistema regulativo de una economía de mercado. En primer lugar, contribuyen a posibilitar la operación de los mercados como *mecanismos*. En segundo lugar, definen y delimitan los mercados como *institución* económica frente a otras instituciones sociales, en particular frente a los derechos subjetivos. Y, en tercer lugar, legitiman al mercado como *orden económico*. Detengá-

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

monos brevemente en cada una de estas funciones básicas que, en cierto modo, sintetizan lo que hemos visto hasta ahora.

La Constitución y los mercados como mecanismos

Como hemos visto, el mercado puede analizarse como un mecanismo en el que la dinámica del intercambio voluntario entre individuos maximizadores de su utilidad individual genera un equilibrio en el que se maximiza la utilidad social (eficiencia social de los mercados). Desde esta perspectiva, la función primordial de las normas e instituciones jurídicas es posibilitar el funcionamiento del mecanismo de coordinación del mercado. Para ello realiza tres operaciones: primero, define el contenido de los acuerdos a través de la configuración de derechos de propiedad; segundo, delinea y estabiliza las formas de los acuerdos mediante el derecho de contratos y, tercero, establece procedimientos para garantizar o proteger los acuerdos por medio de la creación de procedimientos e instituciones encargados de dirimir conflictos y, en su caso, de implementar las resoluciones mediante el uso de la fuerza.

En este orden de cosas, una demanda adicional de intervención del poder político a través del derecho surge bien cuando los costes del funcionamiento del mercado no son insignificantes —esto es, cuando existen costes de transacción significativos—, bien cuando existen circunstancias que alteran los sistemas de incentivos y de precios requeridos para los intercambios idóneos para que la operación del mecanismo produzca los resultados satisfactorios —esto es, cuando tienen lugar "fallos" o "límites" del mercado, como falta de competencia, información asimétrica, etcétera—. En estos casos la regulación cumple otras dos funciones "técnicas" complementarias, reducir esos costes de transacción y corregir tales fallos.

En su conjunto, la función de la juridicación del mercado como mecanismo, aunque imprescidible resulta muy limitada, y se reduce, como ha quedado apuntado, a crear la infraestructura básica de los intercambios voluntarios y a reconstruir las condiciones necesarias, pero no suficientes, en las que tales acuerdos pueden llegar a generar estados de cosas socialmente deseables. Como consecuencia de ello, en este nivel la intervención autoritativa se considera legitimada sólo en la medida en la que la cooperación del derecho hace posibles los efectos individuales y sociales de los intercambios voluntarios, pero la asignación previa de derechos de propiedad, los resultados en la redistribución de bienes a través del mercado y, de manera enfática, la "eficiencia" social del proceso depende de la verificación de otras condiciones institucionales. Por ello, en tanto hace "aparecer" las asignaciones de mercado como producto del funcionamiento del propio mecanismo de mercado y no como consecuencia de decisiones autoritativas, puede decirse que la teoría estándar de la regulación tiene un sesgo idelógico.

Los puntos anteriores conducen a una amplia variedad de temas que debe abordar una teoría normativa de la regulación. No obstante, teniendo en cuenta la esquematización en que consiste este capítulo, lo que quisiera dejar apuntado ahora es que, en este nivel, la cooperación autoritativa de las normas e instituciones jurídicas con el

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

mercado debe consistir, fundamentalmente, en tres cosas: en que los derechos de propiedad estén bien definidos; en que los contratos privados se encuentren efectivamente respaldados por la coacción pública y, por último, en que los acuerdos reflejen sólo los derechos y obligaciones que las partes hayan querido incluir en la transacción.

La Constitución y la economía como sistema institucional

En este nivel el mercado es visto como una forma específica de arreglo institucional que comparte relevancia económica con otros arreglos institucionales de naturaleza jurídica, política, social, cultural, etc., respecto de los cuales mantiene relaciones de afectación recíproca a través de normas, valores, decisiones, etc. Como he apuntado antes, desde la perspectiva institucional, el núcleo de la relación entre la autoridad y el mercado se asienta en la relación entre los intercambios voluntarios y los derechos subjetivos contenidos en el ordenamiento jurídico de referencia. Como consecuencia de ello, la función central de la regulación jurídica del mercado como institución consiste en establecer dos cosas: los límites del mercado y la oportunidad del mercado.

En relación con los límites de los mercados, la regulación jurídica establece el perfil que deben tener los acuerdos voluntarios cuando, entre las razones para su diseño institucional, no sólo se incluyen intereses económicos, sino también otro tipo de pretensiones jurídicas —en particular, derechos y libertades fundamentales—. Dicho en otras palabras, la regulación establece el espacio normativo para el mercado *vis à vis* el sistema jurídico. En este orden de cosas, la regulación debe responder a las condiciones en las que los acuerdos voluntarios son instrumentos idóneos para realizar ciertos fines sociales y, en particular, ciertos fines prescritos por normas jurídicas (Larrañaga 2001) y (Atienza y Ruiz Manero, 1996). Es decir, la regulación sólo debe implementar los acuerdos voluntarios cuando resulte un instrumento eficaz para producir estados de cosas que hagan previsibles las condiciones materiales para la satisfacción de derechos individuales y sociales.

Por otra parte, las decisiones regulativas del mercado, que abordan los límites o perfiles de los mercados respecto del conjunto de pretensiones jurídicas, responden a razones de naturaleza *institutiva* o *constitutiva*. Es decir, responden, por un lado, a razones respecto de cuándo *puede existir* un mercado y, por otro, a razones a relativas a cuándo *debe existir* un mercado. Dicho brevemente, en este nivel la regulación tiene la función de perfilar a los mercados dentro del sistema institucional en su conjunto, marcando los límites del contenido éstos a la luz del sistema de derechos subjetivos. Por ello, el requisito básico de la legitimación de la regulación en este nivel consiste en sólo incluir dentro del mercado el tipo de derechos cuya titularidad sea susceptible de ser negociada, y cuya transferencia pueda llevarse a cabo mediante intercambios voluntarios —*i.e.*, derechos alienables.

Se puede decir, entonces, que la función primordial de la regulación en este nivel consiste en desvincular la satisfacción de ciertos derechos de los eventuales resultados de acuerdos voluntarios. Dicho en otras palabras, como veremos en el próximo capítulo,

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

en este orden de cosas el "correcto equilibrio" entre exigencias de justicia y de eficiencia consiste en proteger de manera efectiva a las razones que sustentan los derechos como "cartas de triunfo" frente a los intereses que guían los comportamientos de mercado (Dworkin, 1978). Establecer qué derechos deben ser protegidos y cuál debe ser el alcance y la fuerza de la protección corresponde a decisiones regulativas de segundo orden, cuyo fundamento y control depende del principio de legalidad o del principio de constitucionalidad, dependiendo del estatus normativo de los derechos subjetivos de que se trate. Pero, en todo caso, esta perspectiva nos recuerda que en una sociedad bien ordenada la compleja técnica regulativa se despliega *dentro* del conjunto del orden jurídico y no como sustituto de éste.

En síntesis, en el nivel del mercado como institución la autoridad intervendrá en los mercados de manera eficaz y, en esa medida, contará con la legitimidad de resultado cuando instituya mercados en los casos en que los acuerdos voluntarios sean la medida previsiblemente mejor para producir las condiciones materiales para la realización de derechos.

En este punto, las políticas públicas se relacionan con la política económica general que, a su vez, se evalúa a la luz de la satisfacción de derechos —en particular, de derechos fundamentales o humanos—. En el ámbito de las relaciones institucionales entre el mercado y el sistema jurídico la eficacia de la regulación equivale a la existencia de las condiciones materiales para el ejercicio de derechos subjetivos. Dicho en otras palabras, en el plano del mercado como institución la eficacia de la regulación —como organización, como política y como límite— depende de sus efectos en el desarrollo social.

La Constitución y el orden económico

En este nivel la economía de mercado es vista como arreglo institucional totalizador que involucra los distintos aspectos de la vida y de la organización social. Aquí encontramos el problema de la estructuración del mercado en su conjunto y no sólo con el problema de sus límites normativos (el mercado como institución) o de las condiciones de su funcionamiento (el mercado como mecanismo). En este orden de cosas, la función central de la estructuración del mercado no se limita delinear las relaciones de mercado como esferas de autonomía para la persecución de intereses, sino que consiste en reconocer y legitimar a los intereses individuales como parámetro de las relaciones económicas en relación con las dimensiones sistémicas de las actividades de producción y distribución; como aquellas relacionadas con la sostenibilidad —ambiental, social, cultural—, de nuestras formas de vida.

Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

ATIENZA Rodríguez, Manuel, *Constitución y argumentación,* Anuario de filosofía del derecho, núm. 24, 2007.

BASSOLS COMA, Martín, *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 1985.

BERLINER, Joseph, *The Economics of the Good Society,* Oxford, Basil Blackwell, 1999.

BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad,* México, FCE, 1989.

_____, *Liberalismo y democracia,* México, FCE, 1989.

BUCHANAN, James, *The Economics and Ethics of Constitutional Order,* Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1991.

COMANDUCCI, Paolo, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico,* Isonomía, núm. 16, México, abril de 2002.

DAHL, Robert y Charles Lindblom, *Politics, Economics & Welfare,* New Brunswick, Transaction Publications, 2000.

DAINTITH, Terence, *Regulation*, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XVIII, cap. 10, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

DAVIS, Kevin E., Trebilcock, Michael J., *Legal Reforms and Development*, Third World Quarterly, vol. 22, núm. 1, 2001.

DWORKIN, Donald, *A Matter of Principle,* Cambridge MA, Harvard University Press, 1985.

_____, *Taking Rights Seriously*, Cambridge MA, Harvard University, Press.

GUASTINI, Ricarno, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, octubre de 2003.

HART, H.L.A., *The Concept of Law,* Oxford, Clarendon Press, 1997.

HIRSHMAN, Albert, *Rival views of market society and other Recent Essays*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1992.

LARRAÑAGA, Pablo, "La regulación de la economía global. Algunos retos para el constitucionalismo del siglo XXI", en Rodolfo Gómez y Rodrigo Díez (coords.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica, Porrúa—Centro de Investigación e Informática Jurídica*, México, 2012, pp. 193-228.

LARRAÑAGA, Pablo, *Los juicios de responsabilidad por decisiones de política económica. Un ensayo de "indisciplina" académica,* Valencia, Fundación Universitaria San Pablo, C.E.U., 1999.

_____, *Regulación. Técnica jurídica y razonamiento económico*, México, Porrúa, 2009.

_____, *Responsabilidad del rol y directrices*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 24, 2001.

LINDBLOM, Charles, *Politics and Markets. The world's Political Systems,* Nueva York, Basic Books, 1977.

_____, *The Market System,* New Haven, Yale University Press, 2001.

Llewellyn, Karl, *The Normative, the Legal and the Law Jobs*, Yale Law Journal, núm. 49, 1940.

MACPHERSON, Crawford Brough, *Dilemas del liberalismo y el socialism*o, 1985.

MATHIEU, Bertrand, Verpeaux Michel, *La constitutionnalisation des branches du droit,* 1985.

MINONGUE, Martin, *Apples and Oranges: Problems in the Analysis of Comparative Regulatory Governance*, Centre of Regulation and Competition, Working Paper Series, núm. 94, 2005.

NORTH, Douglass, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance,* Cambridge University Press, 1990.

_____, *Structure and Change in Economic History*, Nueva York, Norton, 1981.

OGUS, Anthony, *The importance of Legal Infraestructure for Regulation (and Desregulation) in Developing Countries,* Centre of Regulation and Competition, Working Paper Series, núm. 65, 2004.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/guC9yu

SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.
SEN, Amartya, *Development of Freedom*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1999.
SMITH, Adam, *The theory of Moral Sentiments*, Oxford, Clarendon Press, 1976.
TAMANAHA, Brian, *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
TRUBEK, David, Galanter, Marc, *Scholars in Self-Estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies*, Wisconsin Law Review, 1974.
WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, FCE, 1984.
WILLIAMSON, Oliver, *The Economic Institutions of Capitalism*, Nueva York, The Free Press, 1985.

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXIII Legislatura-http://www.diputados.gob.mx/
M.A. Porrúa, librero-editor-https://maporrua.com.mx/