

## **La Constitución: un contrato social.**

Por Juan Vicente Sola.

El contrato social es un modelo de legitimación de la pertenencia del individuo dentro del estado. Es una justificación de la existencia del gobierno. Como todo modelo, es una simplificación de la realidad y por lo tanto, las críticas en cuanto a su sencillez frente a la complejidad de la vida social, son infundadas. **Los modelos teóricos deben ser considerados primariamente por la certeza de sus predicciones antes que por la realidad de sus presunciones.**<sup>1</sup> Esta es una buena aclaración para quienes piensan que es históricamente falso hablar de un contrato que nunca fue concluido o de un estado de naturaleza que nunca existió. La ventaja de un modelo es que nos permite simplificar la muy compleja realidad social y, de esta manera, **comprender mejor ciertos fenómenos y predecir comportamientos futuros.** Esta capacidad de predicción de los modelos es lo que los hace particularmente útiles en las ciencias sociales. Se sacrifican ciertas variables para distinguir otras, pero si el modelo es útil nos permite predecir el comportamiento.

El contrato social es sumamente útil porque a pesar de que falte de rigor histórico, nos permite predecir la visión que tienen los miembros de la sociedad sobre su situación dentro del estado y frente al gobierno. Cuando el contrato no se cumple, aparecen los riesgos de conflicto social, o si la que se encuentra desprotegida es una minoría, ésta emigra. Este **voto con los pies** es mucho más común de lo que aparece a

---

<sup>1</sup> cf. Anthony Downs, An economic theory of democracy. New York 1957 p. 21, citando a Milton Friedman.

simple vista. No sólo se emigra físicamente mudándose con su familia a otro estado, sino que pueden mudarse más fácilmente capitales o inversiones a otros espacios. Este fenómeno es evidente en la historia argentina, que se benefició de la gran inmigración a fines del siglo XIX y que ahora enfrenta un fenómeno inverso. El fenómeno ocurrió no sólo con el movimiento de personas sino también con el de capitales y de inversiones.

Las reglas del contrato social son mucho más estrictas y útiles de lo que una lectura puramente histórica podría suponer. El renacimiento de este modelo en las nuevas doctrinas contractualistas que van de Buchanan a Rawls<sup>2</sup> así lo demuestran. Los límites que establece el contrato social, la determinación de los derechos individuales y sobre todo la división de poderes, nos permiten evitar la premonición pesimista de Trasímaco,

*‘Cada gobierno dicta las leyes en propio provecho: la democracia leyes democráticas; la tiranía, leyes tiranía, leyes tiránicas; e igualmente los demás. Una vez dictadas, establecen que lo justo para los súbditos es lo que es útil para ellos, y castigan al que no lo acepta así, como si fuera un hombre injusto y violador de la ley. Y es esto, precisamente,...que en todos los Estados siempre es justo lo mismo: lo que es útil al gobierno establecido. Y éste es el más fuerte, de donde se deduce,...que en todas partes se identifica lo justo con lo que es útil para el más fuerte.’<sup>3</sup>*

## **Una descripción del contrato social.**

James Buchanan<sup>4</sup> inicia el análisis del contrato social recordando la obra de Thomas Hobbes. En *Leviatán o Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Hobbes considera que la característica primordial del hombre

---

<sup>2</sup> James Buchanan, premio Nobel de Economía es el fundador de la escuela de la Elección Pública (Public Choice), su obra es muy extensa pero destacaremos su libro ‘El cálculo del consentimiento’ en coautoría con Gordon Tullock. John Rawls es el autor de la obra ‘Una teoría de la Justicia’.

<sup>3</sup> Cf. Trasímaco, Licofrón y Jeniades. Fragmentos y testimonios. Aguilar, Buenos Aires, 1964 p. 40. .

<sup>4</sup> La obra de James Buchanan es muy vasta, podemos citar sobre este tema ‘El calculo del consentimiento’ escrito con Gordon Tullock publicado por Hyspamerica. Asimismo el libro ‘El Poder Fiscal’ escrito con Geoffrey Brennan publicado por Unión Editorial, en castellano. Le fue otorgado el Premio Nobel de Economía.

es la “*cupiditas naturalis*”. El estado natural de la humanidad es la guerra de todos contra todos, “*bellum omnium contra omnes*” hasta el instante en que el temor y el deseo de calma impulsan al hombre a celebrar un acuerdo con sus semejantes por el cual las voluntades individuales contrapuestas abdican en favor de la voluntad del cuerpo político. El hombre es sociable por accidente pero no por su naturaleza. Algunos párrafos del Leviatán (1651) son elocuentes, “*durante el tiempo que los hombres vivían sin un poder común que los mantenga a todos con respetuoso temor, están en una condición que se llama guerra, de todos los hombres en contra de todos los hombres.*”

*“En esa condición, no hay lugar para la industria, porque el fruto de ella es incierto y por lo tanto no hay cultura de la tierra, no hay navegación ni utilización de los productos que puedan ser importados a través del mar, ni edificios cómodos, ni instrumentos para mudar o retirar aquellos objetos para los cuales se requiera de mucha fuerza, ni conocimientos sobre la faz de la tierra; no habrá medida del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad; y lo que es peor de todo, un miedo continuo y peligro de muerte violenta, **y la vida del hombre solitaria, pobre, sucia, brutal y corta**”.*

*“La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás)”. En la introducción de esta restricción sobre sí mismos (en la que se los ve viviendo en repúblicas) es la visión de su propia preservación, y de la vida más satisfecha por ese motivo; esto es, de extraerse a sí mismos de la condición miserable de la guerra, que es la consecuencia necesaria de las pasiones de los hombres cuando no hay un poder visible que los mantenga atemorizados y los ate por temor al castigo al cumplimiento de sus compromisos. Porque los pactos, sin la espada, son solamente palabras y no tienen la fuerza en absoluto para dar seguridad a un hombre.*

*“Por lo tanto no debe sorprendernos que algo más sea requerido (además del pacto) para hacer este acuerdo constante y duradero; que es el poder común, de mantenerlos en el temor y dirigir sus acciones para el bien común”.*

“El único camino para erigir ese poder común que pueda ser útil para defenderlos de la invasión de extranjeros y los daños hechos de unos contra otros y para darles seguridad de tal manera que puedan alimentarse y vivir satisfechos; es conferir todo el poder y la fuerza a un hombre o a una asamblea de hombres, que puedan reducir todas sus voluntades por la pluralidad de voces para formar una sola voluntad... y de esta manera someter sus voluntades, cada uno a su voluntad, y sus juicios a su juicio. Esto es más que consentimiento o concordancia, es una verdadera unidad de todos ellos, en una y la misma persona, hecho el pacto de cada hombre con cada hombre, de tal manera, como si cada hombre dijera a cada hombre **yo autorizo y abandono mi derecho de gobernarme a este hombre, o a esta asamblea de hombres, con la condición de que abandonen sus derechos a él y autoricen todas sus acciones de la misma manera.** Hecho esto, la multitud es así unida en una persona, es llamada república, en latín civitas. Esta es la generación de ese gran Leviatán, o mejor (para hablar con más reverencia) de ese Dios mortal a quien debemos bajo el Dios inmortal nuestra paz y defensa. Porque bajo esta autoridad dada a él por cada hombre particular de la república, él tiene el uso de tanto poder y fuerza conferido en él, que por temor, en adelante él está capacitado a desarrollar las voluntades de todos ellos, la paz interna y la ayuda mutua contra los enemigos del exterior. Y en él consiste la esencia de la república, que para definirlo es **una persona, de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos de uno con el otro, se han hecho cada uno al autor, con el fin de que pueda utilizar la fuerza y los medios de todos ellos, como lo considere conveniente, para su paz y defensa común.**

El que lleve esta persona es llamado soberano y se dice que tiene poder soberano, “y todos a su lado sus súbditos”.<sup>5</sup>

Si traducimos la elocuencia de Hobbes a términos democráticos contemporáneos decimos que un maximizador racional de su utilidad elegirá entrar en el contrato social solamente si al hacerlo aumenta su nivel de bienestar. Esto

---

<sup>5</sup> Para una aplicación concreta ver el caso Jacobson vs. Commonwealth of Massachusetts, 1905.

implica que un contrato social como todo otro acuerdo es eficiente, es decir, nos pone en una situación mejor que la que estábamos anteriormente.

**El Contrato Social es un modelo para describir la Constitución.** El contrato social es un elemento preconstitucional y si se cumple legitima la Constitución existente. La teoría de la *elección pública*<sup>6</sup>, analiza compara la diferencia en comportamiento de las personas en frente al gobierno y en sus actividades personales. Señala que los gobiernos asignan los bienes públicos mientras que los mercados asignan idealmente los bienes privados. Esto requiere que en una democracia un grupo de personas decida a través de una votación, en cambio un individuo puede decidir por si mismo, si compra un producto en el mercado. Analiza a través del comportamiento racional las actividades de las instituciones políticas, incluyendo las normas sobre el comportamiento de las mayorías y de los representantes y funcionarios en el gobierno.

El término **constitucionalismo** incluye varios significados, supone en nuestra tradición la idea de un gobierno limitado por la división de poderes, el control judicial, las elecciones abiertas como forma de selección de los altos funcionarios y legisladores y la protección de los derechos humanos. Supone también que **la Constitución no puede ser reformada de la misma manera que la legislación ordinaria**, se requiere una mayoría calificada o una súper mayoría.<sup>7</sup> Esto también plantea la necesidad de establecer que derechos deben establecerse fuera del alcance del poder de la mayoría circunstancial.

La existencia de una Constitución escrita que no puede ser reformada por el proceso legislativo ordinario, necesita de una estructura de gobierno de las normas en el tiempo<sup>8</sup>. Si las normas constitucionales pudieran reformarse con la

---

<sup>6</sup> En inglés *Public Choice*.

<sup>7</sup> Cf. En este tema la obra ya mencionada de Buchanan & Tullock y además, G. BRENNAN & J. BUCHANAN, *THE REASON OF RULES: CONSTITUTIONAL POLITICAL ECONOMY* (1985)

<sup>8</sup> 'Estructura de gobierno' es una versión castellana de la palabra "governance" utilizada particularmente por la escuela neo institucional en economía, puede ser traducida asimismo como "buen gobierno".

sencillez de una ley, las constituciones serían funcionalmente leyes y solo tendrían los límites de las convenciones constitucionales.<sup>9</sup> O probablemente los gobiernos no tendrían límite alguno.

La estructura de gobierno se utiliza para administrar los contratos de largo plazo, si los contratos no pueden, en principio, ser reformados o anulados sin el consentimiento unánime de las partes, cuando un contrato es de largo plazo requeriría una revisión permanente. En este sentido, el modelo de contrato puede ser asimilado al concepto de Constitución que requiere para su reforma una mayoría calificada y es lo que la diferencia de la ley ordinaria. De la misma manera que la Constitución, un contrato establece una norma que es difícil de cambiar y está designada para gobernar el futuro. Pero la falta de una estructura de gobierno nos llevaría a vivir en una convención constituyente en sesión permanente. Según veremos la Corte Suprema es la estructura de gobierno que establece la Constitución.

Tradicionalmente **el concepto de Constitución ha sido asociado al contrato social**. Las doctrinas contractualistas clásicas desde Hobbes han sido base para la creación de constituciones que establecen la organización del gobierno y las declaraciones de derechos. Asimismo las doctrinas contractualistas son una fuente de la legitimidad del constitucionalismo en la idea que la Constitución es aceptada por todos los ciudadanos que la consideran aceptable. Este modelo contractualista de Constitución describe con más precisión al sistema constitucional que la idea de una ley suprema que es legislada por unos constituyentes históricos e impuesta a los ciudadanos. Nuestra propia Constitución establece los límites del contrato social cuando reconoce el límite de **las acciones privadas que se encuentran fuera de la autoridad del Estado** según expresa el artículo 19. El derecho a la intimidad y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar en las

---

<sup>9</sup> Es decir un límite puramente cultural, según la expresión de Dicey. Pero nuestra tradición política no ha tenido un respeto generalizado de las normas constitucionales, sino todo lo contrario.

constituciones modernas están asociados con la idea contractualista de Constitución.

### ***Una teoría de la justicia en Rawls***

Si la tradición contractualista que nos recuerda Buchanan es primordialmente garantista, la que propone Rawls sobre la teoría del contrato social, tiene una particular preocupación sobre a la justicia. Su concepción contractualista se observa cuando analiza uno de los principios de la justicia.

### **La imparcialidad**

*“El principio sostiene que a una persona debe exigírsele que cumpla con su papel y como lo definen las reglas de una institución, sobre si se satisfacen dos condiciones: primera, que la institución sea equitativa, y segundo, que se acepten voluntariamente los beneficios del acuerdo o que se saque provecho de las oportunidades que ofrece promover los propios intereses. La idea básica es que cuando un número de personas se comprometen en una empresa cooperativa, mutuamente ventajosa y conforme a reglas, restringiendo por tanto su libertad en la medida en que sea necesario para que se produzcan ventajas para todos, entonces aquellos que se han sometido a estas restricciones tienen derecho a una aceptación semejante por parte de aquellos que se benefician de tal sumisión. No está permitido obtener ganancias del trabajo cooperativo de los demás sin haber cumplido con nuestra parte proporcional...”*

*“Conforme al principio de imparcialidad no es posible estar obligado por instituciones injustas o, en todo caso, por instituciones que excedan los límites de la injusticia tolerable”.* Rawls analiza cómo es la situación inicial frente al contrato social.<sup>10</sup>

*“La intuitiva de la justicia como imparcialidad es considerar los principios de la justicia como el objeto de un acuerdo original en una situación inicial debidamente definida. Estos*

---

<sup>10</sup> Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica. México. 1979 p. 143

principios son los que serían aceptados por personas racionales dedicadas a promover sus intereses y que estuvieran en esta posición de igualdad con el objeto de establecer los términos básicos de su asociación”.

“Ahora bien, es obvio que nadie puede obtener todo lo que quiere: la mera existencia de otras personas lo impide. Lo absolutamente bueno para cualquiera es que todos los demás se le unan en la realización de su propia concepción del bien, cualquiera que esta sea, y de no ser así, que se exija a todos los demás actuar justamente, pero autorizándole a eximirse de hacerlo cuando le parezca. Dado que las demás personas jamás convendrían en asociarse bajo tales términos, estas formas de egoísmo serían rechazadas...

...seguimos un procedimiento familiar en la teoría social: se describe una situación simplificada en la cual individuos racionales que tienen ciertos fines y (p.144) que están relacionados entre sí de cierta manera, habrán de escoger entre diversos cursos de acción teniendo a la vista su conocimiento de las circunstancias. Lo que estos individuos harán, se deriva entonces de un razonamiento estrictamente deductivo a partir de estas presuposiciones acerca de sus creencias e intereses. Su conducta es según la resultante de gustos y obstáculos. Por ejemplo, en la teoría de los precios el equilibrio de los mercados competitivos es considerado como el resultado de una situación en la que muchos individuos, cada uno de los cuales promueve sus propios intereses, ceden a los demás aquello de lo que más fácilmente pueden prescindir, a cambio de lo que más desean. El equilibrio es el resultado de acuerdos libres entre comerciantes bien dispuestos. Para cada persona la mejor situación es aquella que pueda obtener mediante el intercambio compatible con el derecho y la libertad de los demás, para promover sus intereses de la misma manera. Es por esta razón por la que ese estado de cosas es un equilibrio tal que persistirá mientras no existan cambios ulteriores en las circunstancias. Nadie tiene incentivos para alterarlo. Si una desviación de esta situación pone en marcha tendencias que la restauren, se trata de un equilibrio estable.

“Por supuesto que el hecho que una situación sea el equilibrio, incluso de tipo estable, no implica que sea justa o correcta. Lo único que significa es que dada la evaluación que los hombres

*hacen de su posición, actuarán eficazmente para preservarla. Claramente es posible que un balance de odio y hostilidad sea un equilibrio estable. Cada cual puede pensar que cualquier cambio factible será aún peor...” (p.145)*

*...la posición original (el origen del contrato social) es una situación puramente hipotética. No es necesario que algo parecido a tal posición haya existido nunca, aunque poniendo en práctica deliberadamente las restricciones que ella inspira podamos remediar las reflexiones que habría de producir en las partes... (p.163)*

### **El velo de la ignorancia**

*“La intención de la posición original es establecer un procedimiento equitativo según el cual cualesquiera que sean los principios convenidos, éstos sean justos. El objetivo es utilizar la noción de la justicia puramente procesal como base de la teoría. De alguna manera tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho. Ahora bien, para lograr esto supongo que las partes están situadas bajo un velo de ignorancia. No saben cómo las diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares, viéndose así obligadas a evaluar los principios únicamente sobre la base de consideraciones generales.*

*“Se supone, entonces, que las partes no conocen ciertos tipos de hechos determinados. Ante todo, **nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología... más todavía, supongo que las partes no conocen las circunstancias particulares de su propia sociedad...***

*“Entonces, en la medida que sea posible, los únicos hechos particulares que conocen las partes son que su sociedad está sujeta a las circunstancias de la justicia, con todo lo que esto implica. Estas observaciones muestran que la posición original no debe ser imaginada como una asamblea general que incluye en un momento dado a todos los que vivirán en un*

*tiempo determinado...La posición original tiene que ser interpretada de manera que en cualquier momento se pueda adoptar su perspectiva. Es indiferente cuando se adopta este punto de vista y quién lo hace: las restricciones deberán ser tales que siempre se escogen los mismos principios. El velo de ignorancia es una condición clave para que esto suceda. Asegura no sólo que la información disponible es relevante, sino que es en todo momento la misma".* <sup>11</sup>

El concepto del velo de ignorancia como restricción de la información es un concepto típicamente económico. Las decisiones no se toman con información completa. Generalmente quien toma una decisión hace el cálculo de conveniencia entre tomar la decisión con la información que posee, o hace frente al costo de la información necesaria para tomar una decisión más informada.

Detrás del velo de ignorancia, Rawls concluye que dos principios sobre la justicia serán elegidos. El primero será que **cada individuo tendrá derecho a una libertad básica compatible con la libertad similar de los otros**. El segundo sería que **las desigualdades sociales y económicas se organizarán de tal manera que se pueda esperar razonablemente que sean para ventaja de todos**. Este segundo principio, llamado de diferencia, permitirá las desigualdades de ingreso y riqueza para los que resulten en mejor situación. Sólo lo estarán si los que están en el fondo de la distribución también mejoran. Existe una similitud entre el principio de diferencia de Rawls y los estándares de eficiencia de Pareto. Esta es la distinción entre el utilitarismo y el criterio de eficiencia Hicks-Kaldor, que permite a los individuos empeorar en la medida que el bienestar general o la riqueza general aumenten.

En el modelo de Rawls es central la creencia de que la gente tiene **aversión al riesgo**. Los individuos asumen que finalmente estarán entre los peores de la sociedad y entonces

---

<sup>11</sup> Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica. México. 1979 p.166

escogen los principios de gobierno que maximizará el bienestar de los que estarán peor.<sup>12</sup>

### ***La Constitución como un Contrato de largo plazo.***

Un contrato que establece una estructura de gobierno para interpretar las normas que se aplicarán en el tiempo para resolver contingencias probables o hipotéticas es un **“contrato contingente”**. El costo de anticipar y resolver todas las contingencias que pudieran ocurrir es muy elevado. En el caso de contratos que permanecen vigentes por un futuro indefinido o gobiernan un amplio campo de interacciones sociales, la posibilidad de contingencias es enorme. De tal manera que es muy difícil preverlas y pueden no existir respuestas específicas en el contrato. Una alternativa frente a estas circunstancias es una interpretación del contrato hecha por **un tribunal que pueda ofrecer la solución que las partes hubieran podido brindar si hubieran negociado con relación a esta contingencia concreta**. La dificultad es que la contingencia puede ocurrir muchos años más tarde de la redacción del contrato y a un tribunal puede resultarle imposible imaginar lo que las partes hubieran resuelto en esa contingencia si la hubieran previsto y hubieran hecho una referencia concreta en el texto contractual.

Otra **alternativa es una renegociación entre las partes**. Esta solución podría ser razonable si la situación es un monopolio bilateral en los que existe una dependencia mutua que crea un incentivo para encontrar una solución, aunque también la negociación es costosa. Esta solución es inaplicable en los casos que una parte en el contrato tenga un monopolio exclusivo del uso de la fuerza cuando la contingencia ocurre, como es el caso del gobierno, que debe enfrentar un conjunto de habitantes desorganizados en un futuro indefinido. Esta última sería la situación del derecho constitucional si la Constitución debiera enfrentarse a problemas no previstos en su texto por los constituyentes, y

---

<sup>12</sup> *Esta aversión es tan grande que adoptan el sistema de decisión “maximin”.*

dejara a los arreglos constitucionales futuros de la sociedad a una renegociación entre el gobierno y el pueblo.

La solución posible es que exista **una agencia permanente que actúe como representante de los habitantes y ciudadanos**, este es el marco constitucional de la Corte Suprema, que fue diseñada para que fuera independiente de las otras ramas del gobierno. Cuando es percibida como un protector regulatorio de la ciudadanía, la Corte no puede adoptar una interpretación estrecha de la Constitución, ya que ese texto no puede prever todas las contingencias posibles y en particular las que han surgido en un plazo de ciento cincuenta años. De esta manera, la importancia de la Constitución es que establece límites exteriores al ejercicio de la discrecionalidad judicial antes que determinar normas concretas para una decisión. Esta visión describe en forma realista el contenido del derecho constitucional como un cuerpo de derecho creado por los jueces, contenido en el texto constitucional pero no derivado de él en un sentido estricto.

### ***La Corte Suprema como 'estructura de gobierno' de la Constitución.***

La Constitución contiene normas redactadas en términos muy generales pero cuyas consecuencias son variadas y precisas, expresiones como *“usar y disponer de su propiedad”* o *“bienestar general”* han sido los fundamentos para decisiones que han definido la extensión de los derechos individuales. Lo que caracteriza a estas normas tan generales es que delegan la autoridad para definir su contenido en las personas que administran la aplicación de esas normas, es decir en los jueces. Podemos entonces **describir a la Corte Suprema como el agente de la presente generación**, si bien limitado por el texto de la Constitución, para hacer cumplir un contrato social que nos une en una sociedad de convivencia. Es decir que la Corte Suprema cumple con esta función antes que como el agente de los constituyentes. Esto último no sería realista porque los constituyentes históricos han muerto y las instrucciones que dejaron son

extremadamente vagas, aún los textos modernos pierden actualidad con el paso del tiempo. Existe por lo tanto un incentivo muy débil para ser un agente fiel del pasado.

El tema de los incentivos judiciales lleva a la perplejidad, ya que la estabilidad de los jueces en su empleo y a la integridad de su salario tiende a reducir la función del interés propio en la toma de decisiones por los jueces. Podemos entonces preguntarnos porque confiaríamos en la protección que nos brindan los jueces y que incentivos tendrían ellos para apoyar nuestras demandas antes que a la mayoría que es generalmente más poderosa.<sup>13</sup> Al mismo tiempo ¿no deberían las minorías concentrarse en el proceso legislativo donde los grupos de interés, que invariablemente son grupos minoritarios, tienen éxito influyendo en la legislación? La respuesta no puede ser definitiva, pero la estabilidad judicial, tanto en el cargo como en el salario, les permite dar **soluciones independientes de la influencia política** y en este caso pueden proteger a las minorías “discretas e insulares” que no tienen protección en el proceso legislativo. La independencia es la principal fuente de legitimación del control judicial de la legislación.

Utilizar la analogía de un contrato de largo plazo para definir la Constitución no supone considerar a las constituciones como similares al consentimiento estricto que dos adultos adecuadamente informados prestan al incorporarse a un contrato. Todo ello en gran medida debido a que la Constitución no es ratificada por el voto popular y que los votantes hubieran tenido una información fragmentaria y que no hubieran llegado a una solución unánime. Como ciudadanos apoyamos la Constitución porque es mejor que la anarquía o la dictadura, sus alternativas no demasiado lejanas en nuestra historia. Pero la aquiescencia no es necesariamente consentimiento y podemos decir que si bien la analogía del contrato es útil, la Constitución no es

---

<sup>13</sup> La función judicial en la protección de las minorías “difusas o insulares” fue establecida en la nota N° 4 en el voto del Chief Justice Harlan Stone en el caso “U.S. vs Caronene Products” y también analizada en la obra de John Hart Ely, “Democracia y Desconfianza”.

estrictamente uno. Ello no impide que utilicemos el modelo del contrato social para interpretar al Estado constitucional.

La interpretación constitucional plantea costos, debidos a la inflexibilidad si las normas son demasiado precisas o costos de agencia si las normas son demasiados generales. Pero esos costos son aceptables cuando la característica súper mayoritaria que separa a la norma constitucional de otras normas legales es la que permite extraer ciertos temas de la agenda política habitual.

Si tomamos una norma constitucional inflexible pero de fácil interpretación, la que establece tres Senadores por cada provincia, dos por la mayoría y uno por la minoría. Si este tema se dejara a la política de voto mayoritario llevaría búsqueda de rentas que serían muy costosas. Porque si el voto de una mayoría simple permitiera variar la representación política o expropiar la riqueza de una minoría, se dedicarían recursos enormes para lograr esa legislación o para evitarla. Baste recordar las consecuencias que para el erario público tuvo la reforma constitucional para lograr la reelección presidencial en 1994. La existencia del requisito súper mayoritario que tiene la norma constitucional, limita el debate legislativo a cuestiones de menor importancia, donde el riesgo para la libertad o los bienes de las personas no permite por su magnitud el gasto desproporcionado de recursos para redistribuir la riqueza entre las personas.

### ***¿Por qué tenemos un gobierno?***

La pregunta central si imaginamos un contrato social es por qué los individuos eligen tener un gobierno. Un “gobierno” significa **un ambiente en el que cada uno no tendrá libertad para ejercitar todas sus preferencias**, ya que existe algún elemento de control por el gobierno. El fundamento es que cada uno consentirá **una pérdida de libertad actual o potencial cuando hay una maximización de utilidad en ella**. La razón básica para dar una porción básica de la libertad propia es que es una parte necesaria del contrato

social con otros que estarán igualmente limitados. Debemos entregar algo para inducir la cooperación de los demás.

El acuerdo para limitar la libertad propia no solamente constituye el elemento necesario en el contrato social para lograr la formación de un gobierno, sino que puede aumentar el poder propio para influir en los demás. El ejemplo es el de tener un sistema de gobierno que permita el cumplimiento de los contratos. La pregunta es saber ¿cómo la existencia del gobierno mejora la situación de los individuos? La razón básica está asociada al concepto de **externalidad**, tanto positiva como negativa. La imposibilidad para el productor de una obra de internalizar las externalidades positivas, es decir, la protección de lo producido por su trabajo, puede llevar a que el productor o inventor no lleve a producción algo que todos considerarán valioso, pero que no están dispuestos a producir esperando que alguien más se lo quite o lo lleve a la producción sin su autorización. En algunos casos, estos productos son "**bienes públicos**". Un bien público tiene una externalidad positiva pero puede ocurrir que los usuarios no estén dispuestos a pagarlos. Es el caso del cuidador del barrio con el cual todos se benefician pero algunos no quieren pagar. En los bienes públicos existe el riesgo de comportamientos oportunistas de quienes quieren beneficiarse con el esfuerzo del grupo pero no quieren hacer una contribución.

Las **externalidades negativas** son el opuesto de lo dicho. Si en las externalidades positivas el productor incurre en todos los costos pero es incapaz de capturar todos los beneficios, en las negativas todos los beneficios de la producción son captados por el productor pero los costos de producción son en parte asumidos por otros. Es el caso de la fábrica que contamina el aire o el agua pero no incurre en costo alguno por las consecuencias de su acción. Existe la posibilidad de que las externalidades puedan ser controladas por acuerdos privados, pero esto es difícil sin el paso crítico de determinar el derecho al uso del agua o los niveles de contaminación permitidos. La negociación requiere de una determinación de títulos de propiedad previa.

La existencia de bienes públicos sugiere que el bienestar de los individuos requiere de la cooperación. El problema es que la cooperación en larga escala es una difícil obtención y corre el riesgo de comportamientos oportunistas.<sup>14</sup> Por ello, aún los maximizadores del interés propio consienten en la pérdida de la libertad que está asociada con la existencia de un gobierno.

Son circunstancias en las cuales el sistema de gobierno es más eficiente que el “estado de naturaleza” o la ausencia de gobierno. La cantidad de libertad personal que los individuos están dispuestos a ceder estará determinada por la valoración que hacen de esa libertad frente al valor obtenido al asociar la libertad de cada persona al formar un gobierno.

Si utilizamos la medida de **Pareto** para determinar la eficiencia, diríamos que **no hay gobierno a menos que todos los que quedan sujetos a él presten su consentimiento**. Por otra parte, si se utiliza el criterio Hicks-Kaldor en la medida que **los que se benefician del gobierno maximizan su utilidad más que los que pierden con su existencia, de tal manera que pudieran compensarlos** aunque no lo hagan efectivamente.

Un gobierno que establezca la coerción de los individuos no cumple con ningún criterio de eficiencia. Si el gobierno pudiera simplemente ser establecido por una mayoría del pueblo que mejora con ello y está de acuerdo en someter a la minoría. Esta subordinación de la minoría no sólo no sería eficiente en el criterio de Pareto, sino que no existe garantía que será eficiente en el criterio Hicks-Kaldor, ya que es imposible de saber si los beneficios obtenidos por la mayoría pueden ser superiores a las pérdidas incurridas por la minoría.

---

<sup>14</sup> Los juegos oportunistas más habituales son el **free rider** es de quien viaja sin pagar, también se utiliza el término *polizón*, y el **‘Hold out’** que se refiere a quién no participa en la decisión y espera para obtener un beneficio posterior.

## ***Una teoría económica de la Constitución.***

Una visión económica de la Constitución parte de una base contractualista. De esta manera la Constitución es el cálculo que hace cada persona al ingresar en el contrato social. Este cálculo sobre el equilibrio entre los beneficios y los costos de integrar el Estado, de separar lo que es una decisión individual y lo que es una decisión colectiva y los límites que tiene cada una de ellas, conforma la **decisión constitucional**. Este cálculo y esta decisión son individuales, y son las razones por las cuales aceptamos y cumplimos el contrato social, y por las que permanecemos dentro del Estado.

Cada individuo hace **un cálculo para determinar las actividades que deberán organizarse por decisión privada y cuales organizarse colectivamente**. Su decisión final debe basarse en una comparación de los costos de su organización privada con lo que espera recaigan sobre él como resultado de la misma organización colectiva. Los costos que una actividad organizada en forma colectiva imponen sobre cada individuo dependen del modo en el cual se toman las decisiones colectivas. Por lo tanto, la elección de la forma en que se toman las decisiones no es independiente de la elección sobre el método de organización.<sup>15</sup>

Hay dos elementos en los costos de interdependencia:

1. **los posibles beneficios de la acción colectiva**, que pueden medirse en términos de las **reducciones en los costos** que el **comportamiento particular de otros individuos** puede asignar sobre **el individuo que toma la decisión**.
2. Sin embargo, la acción colectiva también requerirá que el individuo gaste algún tiempo y esfuerzo en la búsqueda de acuerdo con sus compañeros al tomar las decisiones para el grupo. **Bajo ciertas reglas de toma de decisiones, el grupo puede tomar opciones contrarias al propio interés del individuo**. En

---

<sup>15</sup> Buchanan & Tullock "El cálculo del consentimiento" página 100.

cualquier caso, la participación en la actividad colectiva es costosa para el individuo y el hombre racional tendrá en cuenta este hecho en el período de su elección constitucional. La acción colectiva requerirá que **el individuo gaste tiempo y esfuerzo en tomar decisiones con todo el grupo y para eso requerirá buscar el acuerdo con los otros individuos. Según las normas que se utilicen para la toma de decisiones, el grupo puede tomar opciones contrarias al interés del individuo.**

Como dijimos, la participación en la actividad colectiva es costosa para el individuo y un hombre racional tendrá en cuenta este hecho en el período de la elección constitucional. Podemos utilizar los dos elementos de los costos de interdependencia y desarrollar **dos funciones de costos**:  
a) los costos externos de la decisión que nos es impuesta y b) los costos de la decisión que nos interesa.

### **La función de los costos externos.**

La primera es la función de **los costos externos**, que son los costos que le espera soportar como **resultado de las acciones de los demás**, teniendo en cuenta el número de individuos que se requieren para llegar al acuerdo antes que una decisión política final sea tomada por el grupo. Sobre el ámbito de la regla de la toma de decisiones, éstas serán normalmente una función decreciente, es decir, a medida que el número de individuos requeridos para el acuerdo aumenta, los costos esperados disminuirán. Ya que cuando la regla de la toma de decisiones obliga a un **acuerdo unánime**, **los costos esperados sobre el individuo son cero** puesto que este no permitirá voluntariamente a los otros imponer costos externos sobre él, cuando él pueda efectivamente impedir que esto ocurra. Una decisión unánime requiere del consentimiento del individuo, por lo tanto, no puede haber costos externos que los demás individuos puedan imponer sobre él, como es el caso en las decisiones mayoritarias.

Cuando participa el **menor número de individuos y los costos son más elevados representa los costos externos que el individuo espera que sean impuestos sobre él si cualquier individuo particular del grupo está autorizado a llevar a cabo una acción para el conjunto**. Supongamos que en la norma de toma de decisiones es tal que la acción colectiva puede tomarse en cualquier momento que un miembro cualquiera del grupo lo dicte. Esta persona en particular podría entonces autorizar, en nombre del Estado, la acción que afecta desfavorablemente a otros miembros del grupo. Parece evidente que bajo tal regla cada individuo debería anticipar que tendrán lugar muchas acciones tomadas por los otros que les son desfavorables y los costos de estas acciones serán costos externos en el mismo sentido que los costos esperados de la actividad privada pueden ser externos.

El hecho que la acción colectiva bajo las reglas de la mayoría en la toma de decisiones implique costos externos de esta naturaleza es particularmente importante. Si el funcionamiento de una fábrica que arroja residuos tóxicos impone costos externos sobre el individuo que es ensuciado por esos residuos, este costo no es más externo al cálculo particular del individuo que el costo del impuesto que está obligado a pagar, sin su consentimiento, para financiar el suministro de servicios públicos a vecinos que viven en otra parte.

Bajo la **regla extrema de la toma de decisiones que permite a cualquier individuo** dentro de todo el grupo **ordenar una acción colectiva**, los costos externos esperados serán mucho más elevados que bajo cualquier otra forma de actividad individual. Esto es debido a que la fijación inicial de los derechos de propiedad establece algunos límites efectivos sobre los efectos externos que los particulares pueden imponerse entre sí. En cambio, los derechos del individuo sobre su propiedad contra la acción colectiva no están tan claramente definidos en los sistemas jurídicos existentes. Los costos externos que pueden ser impuestos sobre el individuo a través de los procesos de la elección colectiva pueden ser

mucho mayores que los que podrían esperar que resultaran del comportamiento puramente individual dentro de cualquier estructura jurídica.

El **establecimiento de una norma por una acción individual es más común** de lo que parece a simple vista. Es la característica de la **decisión judicial**. Habitualmente, cuando queremos utilizar recursos públicos buscamos una decisión colectiva, es decir una decisión tomada por el grupo o por sus representantes, como es una ley. Sin embargo, un individuo puede imponer sobre los demás el gasto de recursos solamente con hacer una acción judicial que le sea favorable. Es decir, quién recurre a un tribunal para que se realice una obra pública, o se efectúe un gasto en una actividad de su interés, está utilizando recursos de toda la población a través de una decisión individual. En algunos casos quienes distribuyen libertades positivas, que suponen la obligación de hacer para el gobierno, a través de ciertas decisiones judiciales no perciben el conflicto que puede haber con la utilización de esos recursos por una decisión colectiva.

La regla de toma de decisiones por la cual cualquier individuo particular puede ordenar la acción colectiva es útil como un caso extremo en nuestro análisis, pero tiene también relevancia práctica. Como ya dijimos, es el caso del particular que va a un juez para que haga una obra o le preste un servicio en el cual está interesado, obra o servicio que serán finalmente pagados por el erario público al cual contribuyeron los impuestos de toda la población.

El equivalente institucional de esta regla está también presente en las instancias donde los Estados proporcionan bienes divisibles o privados y servicios a los individuos sin la utilización de mecanismos de precios. Es decir, cobran mucho menos de lo que cobrarían en el mercado. Es el caso del Estado proveedor de bienes y servicios, no bienes públicos, por los cuales cobra un llamado 'precio político'. No me refiero al caso de una dictadura o de una monarquía, no es ese caso a lo que se refiere el ejemplo, sino a la existencia de cualquier individuo del grupo que pudiera tomar la

decisión. La delegación de las decisiones exclusivas de la reparación de un camino a una figura de gobierno, es decir sin el riesgo que se tome la decisión por una decisión individual a través, por ejemplo, de un recurso judicial, serán claramente menos costosa para el contribuyente medio de la comunidad que una regla que permitiera a cualquier grupo ordenar las reparaciones de la carretera cuando les parezca.

**Cuanto más personas tomen la decisión los costos externos netos esperados por el individuo tenderán a disminuir.** Si dos personas cualesquiera del grupo son requeridas para alcanzar el acuerdo antes de que se autorice la decisión colectiva habrá menos decisiones contrarias a sus propios deseos que las que el individuo espera sufrir. De modo semejante nosotros podemos proceder sobre las normas de toma de decisiones inclusive en las cuales haya más gente participando. Si se quiere el acuerdo de tres personas el individuo esperará costos externos más bajos que bajo la regla de dos personas y así sucesivamente. En todos los casos la función se refiere a los costos externos esperados en los que los miembros centrales de los grupos de decisión no son específicamente identificables. En cuanto subsiste cualquier posibilidad de que el individuo se vea afectado adversamente por una decisión colectiva los costos externos netos serán positivos. Estos costos desaparecerán solamente con la regla de la unanimidad. Decir que los costos externos esperados son positivos no quiere decir que la acción colectiva sea ineficiente. La existencia de los costos externos positivos implica solamente que existen costos de interdependencia en el funcionamiento de la actividad considerada. Estos costos pueden ser minimizados por la acción colectiva, pero el valor mínimo de interdependencia no necesita ser cero.

### **Los costos de la toma de decisiones.**

**Si se va a tomar una acción colectiva alguien debe participar en la toma de decisiones.** Si en el caso anterior existen los costos de la norma que se nos impone, debemos

tener en cuenta **los costos de tomar una acción colectiva que nos interesa**. Cualquier persona particular debe soportar unos costos en la búsqueda de una decisión pública o privada. Sin embargo, nosotros ignoramos estos costos de la búsqueda de las decisiones individuales, esto es, los costos del esfuerzo subjetivo del individuo al decidirse. El ejemplo clásico es el mercado, donde voy y compro el bien de mi preferencia, en ese caso no existe costo en la toma de la decisión. Si se requieren dos o más personas para estar de acuerdo sobre una determinada decisión, se introduce tiempo y esfuerzo de otro tipo, aquel que se requiere para asegurar el acuerdo. Además estos costos se incrementan a medida que el grupo que tiene que llegar a un acuerdo se incrementa. Del mismo modo que una regla de toma de decisiones colectiva se cambia para incluir una proporción cada vez mayor del grupo total, estos costos pueden incrementarse en una tasa creciente. A medida que se aproxima la unanimidad se pueden predecir incrementos muy importantes de los costos esperados en la toma de decisiones. **Cuanto más nos acercamos a la unanimidad la situación llega a ser muy diferente de la existente a lo largo de reglas menos inclusivas**. En los niveles más bajos es apropiado que haya una escasa negociación real. Si un miembro de un posible acuerdo exige términos exorbitantes los otros miembros simplemente se dirigirán a otro. Sin embargo a medida que la unanimidad se aproxima, esta alternativa llega a ser cada vez más difícil. La inversión del individuo en la negociación estratégica llega a ser altamente racional, y los costos impuestos por tal negociación son generalmente elevados.

Con la regla de decisión más inclusiva, es decir la unanimidad, cada votante es una parte necesaria de cualquier acuerdo. Como cada votante tiene un monopolio de un recurso esencial, es decir su consentimiento, cada persona puede pretender obtener el beneficio completo del acuerdo para sí mismo. La negociación en el sentido de tentativa para conducir a la gente a que acepte ganancias más bajas es el único recurso bajo estas circunstancias y es probablemente muy posible que el acuerdo sea extremadamente difícil. Las recompensas recibidas por los

votantes en tales acuerdos serán directamente proporcionales a su aparente inflexibilidad o irracionalidad durante el período de negociación. Si incluimos los costos de oportunidad de las negociaciones que nunca se hacen parece probable que los costos de negociación podrían aproximarse al infinito en los grupos que tengan un tamaño importante. Este es el caso extremo pero algunas condiciones similares comienzan a desarrollarse a medida que el número de partes requeridas para aprobar un proyecto dado se aproxima a la plenitud de los miembros del grupo. Así una función de costo de negociación opera en dos campos, en el más bajo alcanza lo que representa principalmente los problemas de alcanzar un trato negociado entre un grupo de gente en que cualquiera puede ser fácilmente sustituido. Aquí en estos casos hay un incentivo pequeño para invertir recursos en una negociación estratégica. Cerca de la unanimidad es fácil que las inversiones en la negociación estratégica sean grandes y los costos muy elevados.

### **La elección de normas óptimas.**

Al emplear estas dos funciones cada una de las cuales relaciona los costos esperados del individuo con el número de personas de un grupo que se requiere que se pongan de acuerdo antes de que se tome una decisión por el grupo podemos discutir las reglas de la elección del individuo. Estas pueden definirse mejor en términos de la proposición del grupo total que se va a requerir para llevar a cabo una decisión. Para una actividad dada el individuo completamente racional **en el momento de la elección constitucional tratará de elegir aquella regla o norma de toma de decisiones que minimizará el valor presente de los costos esperados que debe soportar.** Es decir el costo más bajo resultante del equilibrio entre los costos de la decisión que se le impone y los de los costos para organizar la decisión que quiere obtener. Él lo hará así minimizando la suma de los costos externos esperados y de los costos esperados de la toma de decisiones.

Puede servir de ayuda una discusión más general del modo en el cual el individuo busca una decisión concerniente a la elección de una regla de la toma de decisiones colectiva. Se puede decir que se impone un costo externo sobre un individuo, cuando su valor neto es reducido por el comportamiento de otro individuo o grupo y cuando esta reducción en el valor neto no se reconoce específicamente por parte de la estructura jurídica existente como una expropiación de un derecho humano defendible o de un derecho de propiedad. El individuo dañado no tiene ningún recurso, no puede evitar que la acción ocurra, ni puede reclamar una compensación después que ha ocurrido. Es la existencia de tales costos externos lo que explica racionalmente el origen tanto de la actividad voluntariamente organizada, cooperativa, de acuerdos contractuales, como de la actividad colectiva o del Estado. El individuo que busca maximizar su propia utilidad puede encontrar ventajoso entrar en contratos voluntarios dirigidos a eliminar la externalidad o bien soportar las disposiciones constitucionales que permitan que las decisiones particulares sean reemplazadas por las decisiones colectivas. El individuo conocerá que cualquier restricción de su libertad privada de acción impondrá costos sobre él. Cada individuo en el curso del tiempo impondrá, si se permite una libertad sin restricción dentro de los límites de la estructura del derecho, ciertos costos sobre las otras partes, y en lo que concierne a su propia posición tomada, solo él preferirá permanecer perfectamente libre para imponer costos sobre los otros cuando lo desee. Por otra parte, reconocerá también que en muchas ocasiones se verá afectado negativamente por las acciones de los demás, sobre quienes no puede ejercer compensación. Sabiendo que estará más a menudo en la segunda situación que en la primera **el individuo completamente racional sondeará la posibilidad de acuerdos contractuales delineados para protegerle de los costos externos junto con los procesos constitucionales** y las disposiciones que pueden eliminar las acciones del ámbito de la decisión privada y situarlas dentro del ámbito de la decisión pública. Los únicos medios por los que el individuo puede asegurarse que las acciones de otros nunca impondrán

costos sobre él, es a través de la aplicación estricta de la regla de la unanimidad para todas las decisiones públicas o privadas. Si el individuo sabe que debe aprobar cualquier acción antes que se lleve a cabo podrá eliminar todo temor de daño o costos esperados. Si todas las decisiones sociales se tomaran por la regla de la unanimidad, no haría falta la existencia de la Constitución, ya que ninguna decisión estatal, ni siquiera la decisión sobre los gastos públicos, podría tomarse sin mi consentimiento.

Sin embargo, como ya se ha sugerido debe también considerar los costos en que puede esperar incurrir a través de la aplicación de esta norma. En los grupos pequeños el logro del consenso sobre los temas incorporados en el ámbito de la elección colectiva pueden no implicar costos de recursos excesivamente altos, pero en los grupos de tamaño sustancial los costos de negociación sobre la relación real de intercambio que puede requerirse para lograr el acuerdo a menudo ascenderán a más de lo que el individuo está dispuesto a pagar. El individuo racional en el período de elección constitucional hace frente a un cálculo no distinto del que debe hacer frente al hacer sus elecciones económicas cotidianas. Al acordar las reglas más inclusivas está aceptando el gravamen adicional de la toma de decisiones a cambio de la protección adicional contra las decisiones contrarias. Trasladándonos en dirección opuesta hacia una regla en la toma de decisiones menos inclusiva el individuo está intercambiando parte de su protección contra los costos externos de un costo rebajado en la toma de decisiones. **Este equilibrio individual es la base de la decisión constitucional de cada persona.**