

DERECHOS ECONÓMICOS, DERECHOS PERSONALES Y OTRAS RESTRICCIONES SOBRE LAS DECISIONES DE MAYORÍAS

George L. Priest*

A través de diversas estrategias, el orden constitucional establece límites a la democracia, restringiendo las materias que pueden ser cambiadas por decisiones de la mayoría. Dicho límite fue una de las preocupaciones principales de los autores de la Constitución de Estados Unidos, y su sentido radica en mantener un amplio margen para las decisiones de las mayorías futuras.

En la historia de la mayoría de los países, el dominio político de un dictador o de una élite dominante ha sido suplantado por la democracia: el control de la autoridad política por parte de la ciudadanía, en la cual los votos de la mayoría de los ciudadanos determinan los resultados políticos. Dada esa historia, la democracia o el control de la mayoría es habitualmente visto como una institución que mejora positivamente las vidas de la ciudadanía. La democracia expande la base de la autoridad política tanto como fuese imaginablemente posible y, al mismo tiempo, crea el potencial para el cambio en resultados políticos de fondo que también podrían ser beneficiosos. Que las normas políticas sustantivas cambiarán bajo la democracia puede estar claro, pero si esos cambios serán inequívocamente beneficiosos, es menos cierto. Muchos todavía sostienen que se necesita alguna forma de control político estricto –sino la dictadura– en alguna etapa del desarrollo

Revista de Economía y Derecho, vol. 7, nro. 27 (invierno de 2010). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Profesor John M. Olin de Economía y Derecho, Yale Law School. Primer profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Le estoy agradecido a la Carrera de Estudios en Capitalismo de la Yale Law School por el apoyo. El presente artículo fue presentado como ponencia en el Seminario en Latinoamérica (SELA) 2001 de la Yale Law School.

económico o político inicial de un país. Pero, aun aquí, muchos creen que el valor inherente de una base de autoridad política más amplia e inclusiva debería prevalecer por sobre las virtudes (¿a corto plazo?) de las políticas dictatoriales supuestamente beneficiosas.

La relación histórica entre la democracia o el control de la mayoría y la dictadura anterior no es única para América Latina ni para las naciones aún menos desarrolladas. La historia de Estados Unidos representa la sustitución de una democracia más pura por el dominio de un rey o de las élites políticas –como las juntas comerciales de la época colonial, que dictaba los asuntos económicos y políticos de las colonias antes de la revolución–. Sin embargo, tal como lo explicaré luego, el dominio inglés de las colonias americanas incorporó un conjunto de derechos o limitaciones estructurales sobre el control parlamentario tan importantes para la estructura posterior del derecho estadounidense que el enfoque de los colonos sobre los impuestos ingleses y otros impedimentos para el desarrollo económico estadounidense –aunque seguramente suficiente como para motivar la revolución– parecen insignificantes retrospectivamente.

Sin embargo, suplantarse un dictador o una élite dominante por el control de la mayoría debería ser vista solo como la primera etapa del desarrollo democrático. Lo que podría llamarse la segunda etapa de la democracia ocurre luego de que el dictador ha sido destituido. La segunda etapa consiste en las limitaciones sobre la mayoría misma. Nadie podría respaldar el control de la mayoría absoluta. Todos son conscientes de las diversas maneras en que las mayorías pueden suprimir a las minorías de sus conciudadanos. Por ello, sin importar lo que se avance en la democracia en contraposición con la dictadura, la cuestión más importante para la mayoría de las democracias modernas es cómo limitar a la mayoría democrática en sí misma.

En Estados Unidos, luego de la Declaración de la Independencia, tuvo lugar una experiencia de casi siete años con la confederación¹, seguida por un debate de dos años acerca de cómo reorganizar la democracia para lograr mejor los fines de la ciudadanía. En la época de este debate, la cuestión de la democracia *versus* la dictadura era irrelevante. La institución del control por un solo gobernante o una élite dominante era tan absolutamente menospreciada que los redactores de la Constitución estadounidense la trataron nada más que con referencias despectivas: se prohíbe a los gobiernos federales y estatales otorgar títulos de nobleza²; se prohíbe a los funcionarios de Estados

Unidos aceptar presentes, emolumentos o títulos de cualquier rey, príncipe o Estado extranjero³.

Por el contrario, el debate sobre la Constitución se centró principalmente sobre cómo redactar y construir las instituciones políticas para limitar los impulsos mayoritarios. Los documentos federalistas están compuestos enteramente por argumentos acerca de las razones por las cuales la ciudadanía debería temer el gobierno de la mayoría y por cómo están diseñados los términos de la Constitución propuesta en ese momento para controlar los resultados mayoritarios.

Por lo tanto, la cuestión central planteada para este panel –si la creación de derechos amenaza los procesos mayoritarios– posee un tinte extraño, al menos para este lector. Por supuesto que los derechos están en pugna con los procesos mayoritarios; ese es su propósito. La pregunta más complicada es: ¿cuál es la definición adecuada de derechos en el contexto de la democracia mayoritaria? ¿Sobre qué áreas de la actividad económica o personal de la ciudadanía queremos limitar el poder de la mayoría? ¿Cómo podemos definir esas limitaciones sobre la mayoría para fomentar el bienestar de la sociedad de la mejor manera posible?

1 Derechos, limitaciones, políticas

En esencia, hay cuatro medios legales para limitar el control de la mayoría en la estructura legal de Estados Unidos, los cuales llamaré: derechos, limitaciones directas, limitaciones políticas estructurales y normas políticas.

1. Derechos. Definiré a los “derechos” como las áreas en gran parte inmutables de la actividad de los ciudadanos que la mayoría tiene prohibido afectar de manera alguna. Digo “en gran parte inmutables” porque siempre habrá cuestiones conceptuales acerca de si alguna actividad encaja o no dentro de la definición del derecho. Por ejemplo, la primera enmienda a la Constitución de Estados Unidos prohíbe al Congreso de Estados Unidos “reducir la libertad de expresión”. No es nada polémico que el derecho creado por esta prohibición proteja a una persona, digamos, que desea protestar contra la práctica del aborto. Sin embargo, una pregunta más difícil es si la protección constitucional de la “expresión” incluye proteger a un grupo cuya protesta contra el aborto se expresa situándose físicamente en el camino para

dificultar a un doctor que ofrece realizar un aborto o a una mujer que busca obtener los servicios del doctor.

2. Limitaciones directas. Con el término “limitación directa” quiero decir una limitación a un modo particular en que una mayoría podría actuar en relación con alguna actividad específica, aunque algo menos que un aislamiento integral de la actividad del gobierno de la mayoría. Como ejemplo, la Constitución de Estados Unidos prohíbe a los estados aprobar “cualquier ley que afecte las obligaciones contractuales”⁴. Esto significa (o ha sido interpretado así) que un estado –por supuesto, me refiero a una mayoría dentro de un estado– no podrá cambiar por ley los términos de las obligaciones contractuales existentes en ese momento, sino que solo podrá afectar los contratos que se celebren en el futuro.

Esta disposición limita en parte la actividad de la mayoría, aunque crea algo sustancialmente menor que un “derecho” en relación con los contratos, primero, porque está limitado a la aplicación retrospectiva y, segundo, porque está plagado de excepciones. Por ejemplo, imagine que yo he celebrado un contrato con un trabajador para darle trabajo a cambio de una suma de dinero. La cláusula sobre contratos de la Constitución ha sido interpretada como que significa que el Estado no puede afectar esa obligación ordenándome a pagar una suma mayor o negándome a mí o al trabajador, el beneficio de los resarcimientos del derecho consuetudinario por incumplimiento de contrato. Pero esta protección a ambas partes contractuales –es decir, la limitación directa a la mayoría– es aún algo menos que un “derecho” en relación con contratar debido a su alcance limitado. Por ejemplo, el Estado –la mayoría– podrá estar limitado en relación con mi contrato existente, pero puede ordenar los términos de un futuro contrato obligándome a pagar al trabajador un salario mayor en virtud de una ley de salario mínimo. De hecho, bajo interpretaciones modernas, la ley de salario mínimo puede efectivamente cambiar los términos del contrato existente en tanto haya alguna característica potencial para ello. Es decir, no puedo protegerme de una ley de salario mínimo por celebrar un contrato a largo plazo. De manera similar, aunque la cláusula sobre contratos limita en parte la interferencia de la mayoría en los contratos, difícilmente se podrá negar que algún Estado o mayoría federal pueda ordenar millones de otros detalles de la relación contractual, como condiciones de trabajo, horas de trabajo, días de vacaciones, la provisión de beneficios médicos o de salud, la determinación de dere-

chos de pensión, y similares. Así, aunque la cláusula sobre contratos –al igual que muchas otras limitaciones legales que se encuentran en la Constitución– crea alguna limitación directa sobre los resultados de la mayoría, la limitación es mucho menor que la creada por un “derecho”.

3. Limitaciones políticas estructurales: Con el término “limitación política estructural” me refiero a la forma de organización de la actividad política que limitará la manera en que las mayorías podrán llevar a cabo su voluntad. La Constitución de Estados Unidos crea varias de estas limitaciones como el federalismo, la división de (algo de) autoridad tal como entre el gobierno nacional y los gobiernos de los estados; la separación de poderes entre el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial; y la organización estructural del Congreso a través del cual habrá de actuar la mayoría: dos cuerpos legislativos; elegidos en formas diferentes; con diferentes delegaciones de autoridad para cada uno (por ejemplo, que los proyectos de ley para incrementar los ingresos se originen en la Cámara de Diputados, el Senado para asesorar y dar su consentimiento a los nombramientos judiciales, etcétera). Como lo explica *El Federalista*, cada forma de organización política⁵ fue diseñada para ser compatible entre sí para limitar los resultados de la mayoría.

4. Normas políticas. La limitación final sobre los resultados de la mayoría es el debate sobre qué puede querer la mayoría, qué piensa que quiere o cómo lo que la mayoría quiere puede ser perjudicial para la ciudadanía más amplia. El debate sobre las normas políticas es seguramente menos que un derecho o que una limitación estructural o directa porque el debate puede servir para limitar una mayoría solo cuando la mayoría acepte autolimitarse. De todos modos, en todo régimen democrático está bien aceptado que el debate podrá servir como un freno para el mayoritarismo puro. Sin duda, es el ideal de una democracia que el debate abierto sirva para orientar el proceso de toma de decisiones mayoritaria, hacia algún interés público más amplio diferente a los deseos de base de los intereses de la mayoría. Ninguno de los fundadores de la Constitución de Estados Unidos, sin embargo, estaba convencido de que el debate solo podría limitar suficientemente a la mayoría. Esa fue la razón por la que los fundadores redactaron una Constitución que establecía derechos y limitaciones directas sobre la actividad legislativa y construyeron una organización política que limitaría u orientaría los resultados mayoritarios, era de esperar, hacia algún interés público más amplio.

2 ¿Capitalismo o democracia? Reexaminado

Es un factor común de la discusión política pública moderna considerar el mercado y la política o la democracia como medio alternativo para organizar la distribución y adjudicación de recursos en una sociedad. Ese contraste ha sido un tema frecuente en las reuniones de este seminario. De hecho, en presentaciones anteriores aquí, yo he enfatizado la distinción⁶.

Una reflexión adicional, sin embargo, me ha convencido que la distinción entre asignación de recursos a través del mercado *versus* a través de mecanismos políticos mayoritarios no refleja plenamente la estructura operativa de nuestra organización legal. A nivel general, lo que nosotros llamamos “mercado” es construido por un conjunto de reglas y estructuras definicionales legales, de las cuales solo algunas consisten en limitaciones en la mayoría. Por ende, algunas de estas reglas y estructuras son inmutables, asemejándose a derechos; otras están protegidas del gobierno de la mayoría en mayor o menor medida. Dicho a la inversa, en las democracias modernas, el mercado es creado en alguna medida por un conjunto de reglas o limitaciones estructurales sobre el gobierno de la mayoría; de lo contrario, el mercado queda sujeto al gobierno de la mayoría.

Similarmente, el carácter de no económico de las vidas personales de los ciudadanos está definido por un conjunto de reglas y estructuras que incluyen limitaciones sobre control por parte de la mayoría. Derechos personales –como la libre expresión, el derecho a la expresión religiosa y otros parecidos– son un componente de esta definición, pero también incluye otras limitaciones directas o estructurales sobre los resultados mayoritarios. Según este enfoque, tanto la esfera de las actividades económicas como la esfera de actividades no económicas están definidas por las diversas limitaciones al control mayoritario. Más útil que contrastar el capitalismo con la democracia es, por ende, contrastar aquellas limitaciones sobre resultados mayoritarios en relación con actividades productivas y económicas –el campo del mercado– *versus* aquellas limitaciones sobre actividad mayoritaria en relación con las actividades personales que no pertenecen al mercado.

3 Limitando a la mayoría para crear un mercado

Aunque Estados Unidos puede ser caracterizado entre las naciones como poseedoras del más serio compromiso con las actividades del mercado, los fundamentos legales del mercado son de algún modo oscuros. Esos fundamentos no son seguramente la Constitución de Estados Unidos, que pone algunas limitaciones a la capacidad de los estados de afectar al mercado. Así, a los estados se les prohíben diversas formas de gravámenes que podrían, de no ser así, afectar la libre circulación de productos⁷. Además, los estados tienen prohibido interferir con la oferta monetaria⁸.

Pero estas disposiciones crean limitaciones solamente sobre las mayorías dentro de los estados; la mayoría federal no está limitada en formas exactamente similares.

Lo más que se acerca la Constitución de Estados Unidos al hecho de establecer derechos económicos son dos disposiciones sobre los contratos y la propiedad. Como ha sido citado antes, las cláusulas de contratos prohíben a los estados afectar la obligación de los contratos. Además, la quinta enmienda prohíbe a la mayoría tomar propiedad privada para uso público “sin compensación justa” y prohíbe la privación de la propiedad (junto con la de vida y libertad) “sin el debido proceso legal”. En una disposición procesal relacionada, la séptima enmienda preserva el derecho a juicio por jurado “en acciones legales bajo el derecho consuetudinario”.

Según las definiciones que he presentado antes, estas diversas disposiciones no establecen exactamente derechos económicos comparables, por ejemplo, con el derecho personal de libre expresión. Están más apropiadamente caracterizadas como limitaciones parciales sobre el poder mayoritario. Así, como se describió antes, la cláusula de contratos meramente limita algunas de las formas que la mayoría podría intentar afectar las relaciones contractuales. La Constitución prohíbe a los estados cambiar los términos de los contratos existentes en forma directa, pero no impone limitación alguna a las acciones por parte del estado o de las mayorías federales que afectan aún dramáticamente la naturaleza de los contratos para el futuro. Similarmente, la cláusula de compensación justa de la quinta enmienda no crea un derecho de propiedad privada aislado de toda mayoría. Simplemente establece que, si una mayoría actúa para

tomar una propiedad privada para el uso público –es decir, mayoritario– debe pagar algo por ello.

Como consecuencia, estas débiles disposiciones no pueden honestamente ser descritas como si se creara un mercado. Por el contrario, son mejor comprendidas como presuponiendo la existencia de la estructura legal de un mercado. La restricción sobre la mayoría de tomar una propiedad privada sin una remuneración justa presupone la existencia de la figura de la propiedad privada. La limitación sobre las mayorías estatales de afectar la obligación de los contratos presupone un régimen existente de derecho contractual.

A este respecto, quizá lo más revelador es la referencia de la séptima enmienda para la preservación del derecho a juicio por jurado en “acciones legales bajo el derecho consuetudinario”. Obviamente, la disposición presupone el conjunto de reglas y dictámenes conocidos como derecho consuetudinario. Más en general, sin embargo, las disposiciones de fondo de la Constitución en relación con la propiedad y al contrato presupone la autoridad de un derecho consuetudinario⁹.

Las bases legales del mercado, como han sido definidas en Estados Unidos, están conformadas por el derecho consuetudinario heredado de Inglaterra. El derecho consuetudinario inglés de la propiedad establece el derecho a la posesión de la propiedad y las diversas definiciones de participación en la propiedad. El derecho consuetudinario inglés de contratos establece el modelo de celebración y cumplimiento de contratos, incluyendo resarcimientos para el incumplimiento de contratos. El derecho consuetudinario inglés de daños –para el cual no hay referencia alguna en la Constitución de Estados Unidos– establece un conjunto de principios para la reparación privada de los daños intencionales o accidentales.

Que los cimientos de la actividad del mercado en Estados Unidos es el derecho consuetudinario inglés como se había desarrollado durante los siglos previos a la revolución tal vez explica por qué los países que han adoptado Constituciones basadas en el modelo de la constitución de Estados Unidos han experimentado éxitos económicos tan dispares. Por décadas, comentaristas en Estados Unidos han pregonado que el “genio” de la Constitución de Estados Unidos, con su separación de poderes y su organización legislativa complicada, como en muchos aspectos, está idealmente diseñada como marco para una sociedad efectivamente libre. Muchos eruditos y juristas de otras naciones han estudiado la Constitución de Estados Unidos sobre exactamente estas

bases. Muchos eruditos estadounidenses han colaborado con movimientos constitucionales en otros países, alentando a esas naciones a adoptar Constituciones semejantes a la Constitución de Estados Unidos como base para la creación de una economía y sociedad eficaz, pero el éxito relativo de Estados Unidos, al menos en relación con asuntos económicos, no puede ser atribuido de ninguna manera significativa a las disposiciones o a la estructura de la Constitución de Estados Unidos. La imposibilidad de los países de emular la experiencia económica de Estados Unidos, a pesar de haber adoptado la Constitución de Estados Unidos, puede derivar del hecho que esos países no adoptaron doscientos años de derecho consuetudinario inglés y los instintos que en la sociedad el derecho consuetudinario había inculcado.

El carácter limitado de las restricciones sobre las mayorías en la Constitución de Estados Unidos (como en las Constituciones estatales¹⁰) significa que la definición de la estructura del mercado no está aislada de, pero esta totalmente sujeta a, el control mayoritario. No hay “derecho” a ninguna doctrina del derecho consuetudinario, ya sea estableciendo un interés propietario, asegurando la libertad de contrato o permitiendo un resarcimiento bajo el derecho de daños, intencional o accidental.

Y, a través de los años, hemos visto manipulaciones sustanciales de la estructura de la actividad económica por parte de las diversas mayorías legislativas en Estados Unidos. Como ejemplo, aunque la Constitución de Estados Unidos prohíbe tomar la propiedad privada para uso público sin compensación justa, no hay limitación sobre la reglamentación de la mayoría del uso de la tierra tanto directamente, a través de restricciones de zonificación que limitan los usos que se les puede dar a cada una de las propiedades, como indirectamente, a través de impuestos diferenciados según el uso de la tierra.

Similarmente, los códigos de construcción habitualmente imponen detalles tan pequeños como el número de bocas de electricidad que debe instalar el dueño de una casa por pie de pared o la cantidad de detectores de humo eléctricos a ser instalados en una casa.

Como un ejemplo personal, la Ley Federal de Especies en Peligro ha sido implementada para prohibirme caminar en partes de algunas tierras que poseo en las montañas de Colorado porque se cree –no ha habido avistamientos reales este año– que un raro halcón peregrino está anidando en una roca en tierras linderas apenas a dos kilómetros de aquí.

Similarmente, ha habido grandes ajustes por parte de la mayoría a la estructura de la Ley de Contratos de Estados Unidos. He descrito brevemente el amplio ajuste legislativo de las relaciones laborales. Hay muchos otros ejemplos. Las mayorías, sean las no restringidas por derechos o las limitadas, están habilitadas a imponer limitaciones a los alquileres de departamentos y a crear nuevas formas de regulación de ventas al consumidor y prácticas de ventas. En el campo del derecho de daños, las mayorías (junto con los jueces) han alterado drásticamente las obligaciones de los fabricantes de productos, incluyendo el obligar a los fabricantes a diseñar productos para proteger a los individuos que son, ellos mismos, extremadamente negligentes al causar daño.

Estos ejemplos de derecho privado, por supuesto, están suplementados por un amplio espectro de regulación económica directa, que las mayorías han implementado en toda la economía de Estados Unidos.

Hay varias industrias sujetas a regulación directa que van desde monopolios naturales, como la red de telecomunicaciones, a industrias como la agricultura, con fuertes intereses electorales; a industrias, como la televisión, con una prominencia política más amplia. Nuevamente, la ausencia o, mejor aún la debilidad de las restricciones constitucionales sobre la regulación económica significa que, efectivamente, cada industria estadounidense está potencialmente sujeta a la regulación de la mayoría.

Se desprende de estos ejemplos que la estructura del mercado en Estados Unidos está casi totalmente definida o está en posición de ser definida por la mayoría de los votantes. Existe un conjunto de derechos económicos extremadamente limitados. El conjunto de restricciones sobre el control legislativo de los asuntos económicos es igualmente modesto.

4 Restringiendo a la mayoría para habilitar la actividad personal

En comparación con la actividad económica, la Constitución de Estados Unidos es mucho más elaborada en su definición de derechos negativos y de las limitaciones sobre la mayoría en relación con lo que yo llamaría actividades personales. Por ello, la primera enmienda crea un derecho de libertad de expresión y asociación religiosa. La decimo-cuarta enmienda ha sido interpretada como que crea un derecho de

no-discriminación en lo que respecta a raza, religión u origen nacional, el cuál ha sido extendido a género por una mayoría legislativa, pero de una forma y con una historia que sugiere que es un derecho. La Constitución crea también varios derechos ciudadanos en relación con la implementación de leyes penales, como el derecho contra la autoincriminación, contra los registros e incautaciones no razonables, cosa juzgada, multas o fianzas excesivas, así como también los derechos positivos para un juicio rápido y público, para careo de testigos y a tener un abogado defensor. A través de los años, se han creado otros derechos por interpretación, tal como el derecho a viajar dentro de Estados Unidos, un derecho a algunas formas de privacidad, y derechos relativos a la familia, como el derecho al aborto.

Aun, hay vastas áreas de actividad personal que permanecen sujetas al control mayoritario. Durante la década pasada, la mayoría ha extinguido el derecho a fumar a un amplio campo. Los ciudadanos poseen el derecho a casarse solo si ellos tienen una determinada edad y no son homosexuales. Los ciudadanos pueden quemar una bandera americana, pero solo si están dispuestos a ir a la cárcel.

Por cierto, la gama de actividades personales potencialmente sujeta al control de la mayoría puede ser sorprendente. Por ejemplo, era algo común, en la época en que yo estaba criando niños, tener un niño sentado al lado del conductor permitiendo así conversaciones y enseñanzas, y señalando la geografía u otros detalles del mundo exterior. Hoy ningún niño tiene el derecho a sentarse en el asiento delantero de un automóvil, es ilegal en todos los estados. La prohibición deriva de una serie de dictámenes administrativos que tratan acerca de la seguridad de un pasajero. Un ente regulador creado por la mayoría para aumentar la seguridad en los automóviles implementó una reglamentación imponiendo a los fabricantes de automóviles en Estados Unidos a instalar bolsas de aire. En el proceso, le impuso a los fabricantes diseñar las bolsas de aires de modo tal que se inflaran lo suficientemente rápido como para proteger al pasajero que no estuviera utilizando el cinturón de seguridad. El ente más tarde encontró, sin embargo, que la velocidad de inflado era peligrosa para los niños, tanto para los niños pequeños que estuvieran utilizando sus cinturones de seguridad como para los bebés sentados en asientos para automóviles, porque debido al impacto de la bolsa de aire, podrían ser disparados por las ventanillas traseras del mismo. Para atender esa consecuencia, el ente regulador, junto con la mayoría del Congreso federal, aprobó

una ley que prohíbe a los niños sentarse en el asiento delantero de un automóvil.

Tal vez el área más importante de actividad personal (así como la económica) en relación con la cual la mayoría permanece no restringida es el producido del trabajo de un ciudadano. Mediante el impuesto a las ganancias, una mayoría puede tomar grandes sumas del ingreso ganado por cualquier ciudadano. En Estados Unidos en la década de 1950, por ejemplo, las alícuotas marginales ascendían al 80 por ciento.

La figura del impuesto a las ganancias¹¹ ha reducido ampliamente la gama de actividad personal a la vez que ha aumentado enormemente la capacidad de las mayorías para afectar otras áreas de actividad personal o económica. Previo al impuesto a las ganancias, las mayorías podían financiar sus actividades gubernamentales principalmente dependiendo de los derechos de exportación e importación, los cuales, debido a las oportunidades de sustitución de oferta, fueron restringidos sustancialmente. El impuesto a las ganancias eliminó esa limitación y el alcance de las actividades gubernamentales de la mayoría se ha ampliado de manera exponencial desde entonces.

5 Aumentando el valor en las esferas económicas y personales

En una presentación anterior en este seminario¹² contrasté la actividad dentro de un mercado con la actividad de un gobierno afirmando que, debido a la estructura de las actividades del mercado, las transacciones en el mercado siempre podrían aumentar el bienestar del ciudadano mientras que las actividades gubernamentales solamente incrementarían el bienestar en algunas ocasiones y podría en otras, disminuir sustancialmente el bienestar social. Según ese argumento, las transacciones del mercado eran incrementadoras del valor, porque 1) la ley de propiedad creó un derecho a la propiedad privada creando incentivos para que los ciudadanos incrementen el valor de la propiedad; 2) la ley de contratos estipuló que los contratos fueran celebrados y que los servicios y los bienes fueran intercambiados solo donde el intercambio beneficiara a ambas partes y 3) la ley de derecho de daños, incluyendo algunas leyes regulatorias escritas tal como la ley antimonopólica, le impone a las entidades causantes de daños tomar en cuenta el daño en sus actividades, de nuevo creando incentivos para aumentar el valor.

Por el contrario, yo argumenté que las actividades gubernamentales, debido a que eran controladas por el voto de la mayoría y no por la disciplina de precio y valor del mercado, podrían ser incrementadoras de valor —es decir, la creación de bienes públicos puros—, pero podrían también ser reductoras de valor donde el efecto de la actividad gubernamental fuera más redistributiva que productiva. Con una reflexión posterior, revisaría ese análisis, pero extendería el argumento a la relación entre el control de la mayoría de las actividades personales y el de las actividades económicas.

Según lo descrito antes, aunque podemos imaginar una estructura básica de relaciones económicas en un “mercado”, es evidente que el control mayoritario influye esa estructura y, de ese modo, la naturaleza de los resultados del mercado. Hay muchas maneras en que el control mayoritario puede disminuir el valor de las transacciones del mercado. Control sobre los alquileres, leyes de zonificación excesivamente draconianas y códigos de construcción excesivamente exigentes, son ejemplos. Sigue siendo el caso, de todos modos, que, dada cualquier estructura que la mayoría haya creado para transacciones del mercado, esas transacciones del mercado que ocurren incrementarán el valor para la sociedad. La estructura creada por la mayoría determinará cuánto valor crearán esas transacciones subsecuentes. Pero, mediante la operación del mercado, cada transacción subsiguiente creará algún valor.

Creo que el mismo análisis se aplica a las reglamentaciones por parte de la mayoría de las actividades personales. Sobre un amplio espectro, una mayoría legislativa controla o posee la capacidad de controlar el alcance de las actividades individuales. Los derechos creados por la Constitución son importantes seguramente, pero no afectan a los ciudadanos en una buena parte de su vida diaria. La mayoría de los ciudadanos, por ejemplo, aprovecha su derecho a la libre expresión en ocasiones, casi nunca usualmente. El derecho a la libre expresión religiosa será seguramente más importante para algunos. La mayoría de los ciudadanos no son delincuentes y jamás estarán en posición de invocar los diversos derechos constitucionales contra el procesamiento penal.

En relación con muchas otras áreas de actividad personal, sin embargo, el control de la mayoría puede afectar al ciudadano. Yo no fumo, pero sí veo como desafortunado exiliar a los fumadores. Es lamentable ver a mi hija irse conduciendo con mi nieto ubicado en el

asiento trasero del auto, mirando hacia atrás. Estos son, por supuesto, ejemplos triviales.

Al igual que con las actividades económicas, sin embargo, dada la estructura establecida por la mayoría en relación con la actividad personal, las acciones personales que se derivan aumentarán el bienestar social. Dada una estructura legal que controla actividades personales, los ciudadanos a partir de allí podrán adoptar su comportamiento para aumentar el valor. Así, mientras es crucialmente importante debatir la estructura que la mayoría establece para actividades personales (como así también la estructura para actividades económicas), dada esa estructura, los ciudadanos actuarán para aumentar el valor social.

Se debe admitir que es mucho más difícil evaluar el impacto de control mayoritario sobre las actividades personales que sobre las actividades económicas. En relación con las actividades económicas, podemos predecir con certeza que, más allá de la estructura básica de las leyes de propiedad, de contrato, de daños y antimonopólica, cuanto más grande es el alcance de la reglamentación o control mayoritario, menor será el aumento del valor social total. Pero no tenemos medida del producto bruto interno (PBI) en relación con la riqueza creada por interacciones personales.

Como una primera aproximación, sin embargo, podríamos imaginar una relación similar. Más allá de una estructura básica de control de las interacciones humanas –una ley penal, limitaciones a los daños externos de un ciudadano a otro, la creación de bienes públicos puros (por ende, esta no es una aseveración libertaria)– cuanto menor sea la influencia o la regulación de las interacciones humanas por parte de las mayorías, mayor será el valor producido por los ciudadanos maximizando su bienestar personal.

Si esto es cierto o aun aproximadamente cierto, entonces la respuesta a la pregunta presentada para esta sesión –de si la expansión de los derechos amenaza los procesos mayoritarios y reduce el dominio de la política– es sí y deberíamos estar muy complacidos con el resultado. Mediante este análisis, deberíamos defender cualquier expansión de derechos –sean económicos o personales– que no dañe a otros ciudadanos, pero que permita a cada individuo a aumentar su propio bienestar y a su vez, el bienestar de la sociedad.

La norma para la aprobación de la creación de un derecho –que no dañe a otros– es extremadamente exigente y no responderá obviamente a muchos de los puntos en relación con el control mayoritario

que surjan en una sociedad moderna. Muchos derechos dañan a otros, al igual que lo hacen muchos derechos creados por una mayoría legislativa que no alcanzaron aún el estatus de un derecho. Como ejemplos, el “derecho” a un salario mínimo necesariamente implica que los ciudadanos cuyo valor productivo sea menor al mínimo estipulado, serán excluidos del trabajo. El “derecho” a un “salario de supervivencia” tendrá efectos aun más nocivos. Similarmente, el “derecho” a un lugar de trabajo o a un producto de un nivel de seguridad dado incrementará los costos de producción nocivamente para los ciudadanos más pobres de la sociedad.

Los derechos más puros creados por la Constitución de Estados Unidos no puede decirse que no generan daños externos, pero los daños son ciertamente modestos. Así, el derecho a la expresión religiosa personal genera poco daño externo. El derecho a la libre expresión daña a los ciudadanos que no quieren escuchar ciertas formas del discurso, pero esto es (o resultó así debido a la existencia del derecho) una preocupación limitada. Los diversos derechos en contra de las formas de procesamiento o castigo penal afectan la aplicación de la ley al delito en forma general, pero rara vez en forma específica. El derecho al aborto parece causar un daño filosófico, pero no un daño personal; por ende, la defensa de ese derecho en una sociedad liberal.

Creo, sin embargo, que la pregunta presentada en esta sesión –si la expansión de los derechos daña los procesos mayoritarios– puede ser respondida sin ambigüedad, no en relación con un conjunto de derechos tanto económicos como personales. Los derechos básicos creados por el derecho consuetudinario –el derecho a la propiedad privada, a contratar, a una indemnización por daño accidental– no generan daños externos; si no lo contrario, los mismos aumentan el valor social para el beneficio de todos los ciudadanos. Como se describió antes, aun en Estados Unidos, la mayoría legislativa no está limitada a no alterarlos de manera significativa; todavía no son derechos. Si ellos fueran establecidos como derechos en contra de la mayoría, el bienestar económico de la sociedad se vería aumentado.

Similarmente, se deberían expandir contra la mayoría los derechos personales que no infringen daños externos o que causan daños modestos. Los temas más controvertidos, sin embargo, surgen en relación con derechos que, al limitar a la mayoría, infringen también daños a otros ciudadanos. La paradoja en la pregunta presentada a esta sesión sugiere el problema: ¿cómo puede haber una expansión de

los derechos actuales sin la aprobación de una mayoría? Si la mayoría aprueba, ¿cómo está limitada la mayoría? La respuesta a la pregunta es que muchos derechos aprobados por la mayoría benefician a la mayoría a expensas de alguna minoría de ciudadanos. En esos casos, al establecer el privilegio como un derecho inmutable, como opuesto a un beneficio temporal mutable, daña no a la mayoría actual, sino a alguna mayoría futura que pueda buscar aumentar el bienestar público por otros medios.

NOTAS

- 1 Los artículos de la confederación fueron adoptados en 1781, poco tiempo después de la rendición inglesa. La Convención Constitucional fue convocada en mayo de 1787.
- 2 Constitución de Estados Unidos, artículo I, § 9, cl. 8; § 10, cl. 1.
- 3 Constitución de Estados Unidos, artículo I, § 9, cl. 8.
- 4 Constitución de Estados Unidos, artículo I, § 10, cl. 1.
- 5 Y otras que han sido descartadas a favor de un mayoritarismo más puro tal como la elección de senadores no directamente por la ciudadanía sino por miembros de las legislaturas estatales. Constitución de Estados Unidos, art. 1, § 3, cl. 1; enmienda XVII.
- 6 Ver Priest, George L. (1999). “Pobreza, inequidad y crecimiento económico”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, nro. 157.
- 7 “Ningún Estado gravará, sin el consentimiento del Congreso, impuesto o derecho alguno a las importaciones o exportaciones”, art. 1, § 10, cl. 2.
- 8 “Ningún Estado [...] acuñará dinero; emitirá letras de crédito; hará cosa alguna salvo monedas de oro y plata como el curso legal para el pago de deudas”, art. 1, § 10, cl. 1.
- 9 Hay un fundamento legal para la autoridad del derecho consuetudinario. La mayoría –quizá todas– de las Constituciones estatales promulgó el derecho consuetudinario inglés en vigencia hasta la fecha de la revolución. Como ejemplo, la Constitución del Estado de Nueva York de 1777 (promulgada después de iniciada la revolución) estipula en el artículo XXXV que el buen pueblo de este estado ordena, determina y declara que dichas partes del derecho consuetudinario de Inglaterra y del derecho normativo de Inglaterra y Gran Bretaña, y de los actos de la legislatura de la colonia de Nueva York, que conjuntamente forman la ley de dicha colonia el 29 de abril de 1775 serán y continuarán el derecho de este estado...

- 19 de abril de 1775 fue la fecha de la batallas de Lexington y Concord, cuando el Ejército británico abrió fuego contra los colonos americanos.
- 10 Como ejemplo, no hay referencia alguna en la Constitución de Nueva York de 1777 a los derechos de propiedad, contratación o a ningún otro derecho más allá de la promulgación del derecho consuetudinario inglés prerrevolucionario mencionado, *supra*, nro. 9.
- 11 Por enmienda constitucional en 1913. Constitución de Estados Unidos, enmienda XVI.
- 12 Ver nro. 6, *supra*.