

ENSAYO

EL INTERÉS PROPIO Y LA CONSTITUCIÓN*

Richard Epstein**

El presente trabajo se inscribe en el contexto del debate constitucional norteamericano, pero no por eso deja de plantear ideas y principios de amplia validez en el campo de la teoría política.

De las permanentes tensiones entre el interés propio y el ajeno, entre los particulares y la autoridad, y de los distintos poderes del Estado entre sí, el autor rescata varios de los supuestos básicos, no sólo de la Constitución norteamericana sino también de un sistema democrático sólido y estable. Entre ellos, la noción de un gobierno controlado, de un gobierno más bien pequeño y de una institucionalidad abierta a la competencia y a la libertad individual.

I. Interés Propio, Violencia y Competencia

La elección de una Constitución se basa en gran medida en nuestra concepción de la naturaleza humana. La relación entre la naturaleza del hombre y su gobierno fue bien comprendida por los pensadores políticos que influyeron en los autores de nuestra propia Constitución, pero a menudo perdemos de vista este elemento hoy en día. Lo que espero hacer en este breve

*Este ensayo corresponde a la exposición del autor en la sesión plenaria del encuentro sobre "La Idea de la Constitución", organizado en Los Angeles, en enero de 1987, por la Asociación Americana de Escuelas de Derecho. Fue publicado por la misma institución en 1987. 37 *Journal of Legal Education*, 153. Tanto su reproducción como la traducción están debidamente autorizadas.

**Profesor de Derecho en el James Parker Hall de la Universidad de Chicago.

ensayo es revivir una tradición olvidada y mostrar por qué nosotros, como nación, nos hemos extraviado a causa de nuestra pérdida de contacto con ciertos elementos decisivos, fundamentales para la teoría política.

A la pregunta sobre cuál es la tendencia de la naturaleza humana con la que deben enfrentarse las Constituciones, yo doy solamente una respuesta: la respuesta hobbesiana del interés propio. No todos los individuos son impulsados igualmente, pero cuando se trata del uso del poder, aquellos que tienen una dosis excesiva de interés propio serán, probablemente, los más influyentes y los más peligrosos. De allí que el gobierno deba estar diseñado para frenarlos y no para agrandar a benévolos altruistas. Por supuesto, no debemos simplificar excesivamente, porque, ciertamente, aun entre los que tienen mayor interés propio, existen individuos con talentos y dotes naturales diferentes. Por tanto, no debemos esperar que el interés propio se manifieste de igual manera en todos los hombres. *Algunos obtienen* más beneficio de la cooperación y otros de la competencia (o colusión) entre ellos. Pero el interés propio puede expresarse de modos distintos a la competencia. A veces se vale del uso de *la fuerza y la violencia* o del engaño. La política no está ajena a las variaciones que caracterizan la conducta privada. Diría, incluso, que la política saca a la luz los extremos del bien, y del mal. En consecuencia, deberíamos esperar que las coaliciones, la competencia, la confiscación y la violencia sean elementos del proceso político tal como lo son de los asuntos privados. Y es, justamente, este conjunto de conductas y resultados lo que hemos podido observar a través del tiempo.

Desgraciadamente no existe institución que pueda escapar a los estragos del interés propio mal encaminado. El problema está en diseñar un conjunto de instituciones que —con un costo admitido, real y positivo— disminuya excesos peores. En orden a diseñar ese sistema de gobierno, no basta simplemente con condenar el interés propio. Tal condena simplifica demasiado el asunto y no deja nada que pueda ser alabado. Es necesario, pues, distinguir entre las diferentes manifestaciones del interés propio.

Una manera de clarificar el asunto es examinar la correspondencia o la divergencia entre el interés propio y el interés social. La competencia y la violencia dan imágenes muy diferentes. Los tratos comerciales voluntarios tienden a beneficiar a ambas partes y, al incrementar la cantidad de riqueza, tienden también (con algunas excepciones menores, como por ejemplo los monopolios) a producir efectos externos positivos para el público en general. Mientras mayor es la riqueza en el conjunto, mayores son las oportunidades que tienen terceros para comerciar con las partes contratantes. Cuando se observa un conjunto complejo de transacciones, por lo tanto, cualquier pérdida particular de un extraño queda superada por la ganancia potencial del libre comercio en un conjunto de otras transacciones. Como ejemplo, yo

podría desear interceptar un trato voluntario entre A y B con la esperanza de poder vender a A. Pero si estuviera obligado a decidir y debiera suprimir todas las ventas voluntarias en orden a evitar ésta, en particular, mi respuesta sería claramente "no". Estando bloqueadas las opciones estratégicas, no perdería las muchas oportunidades de comprar y vender que me ofrece el sistema de mercado, junto con todos los demás. En términos generales, las pérdidas discretas dentro de un sistema de competencia quedan compensadas por las ganancias sistemáticas de las cuales todos (incluso el perdedor ocasional) se benefician. Lo que yo estaría pidiendo sería una exención especial dentro de las reglas generales. No sería bueno que la obtuviera. La violencia produce efectos sociales muy diferentes a la competencia, porque la ganancia de un individuo es, necesariamente, la pérdida para otro. La violencia no da beneficios mutuos. Además, el efecto terciario de la violencia es la expansión del temor en toda la población. No hay razón para pensar que el nivel general de riqueza o de felicidad permanecerían constantes en la sociedad si periódicamente se toleraran incursiones en la libertad o la propiedad. Se gastarían vastos recursos en el ataque y la defensa, y así el nivel total de riqueza (la torta social) se verá disminuido en el proceso de redistribución coercitiva. Las consecuencias sociales negativas de la violencia aparecen en fuerte contraste con las consecuencias positivas de la competencia.

Luego, hay una explicación funcional de la durabilidad de la distinción básica entre fuerza y persuasión, tanto en la ley constitucional como en la teoría política. De ahí se sigue un modo obvio de pensar una Constitución. Una Constitución debería investir al "soberano" con la tarea de controlar la violencia y de facilitar las transacciones voluntarias.

Nuestro éxito en esta tarea no debería cegarnos a la importancia de este punto.

II. Tres Limitaciones de la Soberanía

Una cosa es especificar cuál conducta es legal y cuál no lo es; otra muy distinta es asegurarse de que las reglas sean observadas en la práctica. Para su cumplimiento nos volvemos al soberano. Pero ¿quién es el soberano? Aquí toda teoría clara de gobierno tiende a derrumbarse en la práctica, como sucede con todos los sistemas cuando uno busca el primer móvil. Es difícil identificar al soberano. No podemos confiar en el mercado, esto es, en las transacciones voluntarias, para que controlen y protejan al mercado. Alguno se saldrá de la fila, se establecerá como soberano y ejercerá un monopolio basado en la fuerza. El riesgo es que el interés propio del soberano lo haga desleal a su deber de proteger el orden legal. Estará en una posición y tendrá que enfrentar

la tentación de extraer todo lo posible de los ciudadanos con el fin de mejorar su propia condición. Por ejemplo, la búsqueda de rentas en política es, simplemente, una afirmación de que el soberano, es decir, aquellos individuos falibles con poder soberano, permitirán al ciudadano algo pequeño en tanto sigan haciéndolos prosperar. El soberano, que era la supuesta solución al problema de la unidad política, se convierte él mismo en el problema y la cuestión del constitucionalismo es justamente ésta: cómo restringir la conducta desviada del soberano, al mismo tiempo que se le permite el poder necesario para mantener la paz y el orden.

Nuestra respuesta a este problema es tener un gobierno limitado. Si nuestra tarea consiste en limitar el poder de los individuos con interés propio, parece claro que una cierta redundancia es buena para la salud del sistema. Algunas barreras pueden doblarse o romperse y la existencia de una protección de apoyo debería, simplemente, mejorar la operatividad del sistema como un todo. La clave parece consistir en asegurar que ni un solo individuo o pequeño grupo pueda obtener o mantener el monopolio legal de la fuerza para sí mismo. Desde luego, cuesta una gran cantidad de dinero e implica una gran capacidad de manejo del Estado el poder abandonar la situación hobbesiana, en la que todos están a la merced del soberano, pero podemos intentarlo. Las siguientes son las tres posibles limitaciones a la soberanía: el federalismo, la separación de los poderes y los derechos individuales protegidos.

a) Federalismo

En primer lugar, deberíamos tratar de mantener la competencia entre los distintos gobiernos como un control frente a la amenaza del monopolio. El sistema federal, conocido por los fundadores gracias a su experiencia colonial, representa una respuesta de fondo al problema del ejercicio del gobierno. Los estados individuales entran en competencia para conseguir residentes, negocios y dólares en impuestos. Esta competencia limitará su capacidad para ejercer las formas ruinosas de expropiación que, de otro modo, se llevarían a cabo, y esto se dará si, al menos, los derechos de entrada y salida entre los Estados están completamente preservados en los documentos de gobierno.

Este modelo competitivo generalmente opera sin una regulación judicial directa sobre el cuerpo legislativo central de los diversos Estados. Pero, por la misma razón, esto sólo funciona si los poderes estatales no pueden ser reemplazados por un vasto poder federal que cubra el mismo campo de asuntos económicos.

La lamentable jurisprudencia en aquellos casos que caen bajo la moderna cláusula de comercio resulta un factor crítico en esta coyuntura, porque muestra que el juez Hughes (en los casos de *The Wagner Act*)¹ y el juez Jackson (en los casos de cuotas de producción agrícola)² tuvieron tan poca comprensión de la relación entre monopolio gubernamental y competencia privada, que dieron al gobierno federal una carta de triunfo sobre las decisiones locales relacionadas con la producción y el empleo. Al hacerlo, debilitaron el poder de los ciudadanos privados e incrementaron las oportunidades para la acción política de los grupos de interés.

El poder para salir de cada Estado, pierde mucha de su efectividad cuando el Congreso puede regular el comportamiento de los mercados privados a una escala nacional. Los grupos que están ligados al Estado A no pueden ya escapar a su restricción cambiándose al Estado B, cuando la solución federalista está siendo socavada por un cartel impuesto a nivel nacional. El federalismo, como contrapeso al soberano monopólico, resulta disminuido por la expansión masiva del poder federal gracias a la cláusula de comercio.³

b) Separación de los Poderes

La segunda restricción en la soberanía es la división del poder a través de las distintas ramas, en cada nivel de gobierno, actuando cada división como un control sobre los poderes de los demás. Este sistema de restricciones se instituyó al interior de la Constitución original y se ha mantenido en gran medida. El elemento más controvertido es el judicial, pero el argumento a favor de la revisión judicial es que si bien los tribunales tienen el poder de jugar con la legislación, carecen (o deberían carecer) de otros poderes: no tienen capacidad para designar ni exigir tributación o imponer reglamentaciones, ni poder para declarar la guerra. De este modo los jueces no poseen un monopolio de la soberanía, ni aun bajo las banderas del activismo judicial.

Las agencias administrativas, que eran parte del plan original de la Constitución, hacen surgir una instancia más polémica. Mi posición es que son totalmente inconstitucionales —no hay un artículo III A— y esto por

¹"National Labor Relations". Board v. Jones & Laughlin Stell Corp. 301 U.S. 1 (1937).

²Wichard v. Filburn, 317 U.S. III (1942).

³Trataré estos problemas con mayor detalle en "El Rango Propio de la Cláusula de Comercio", en el próximo número de *Virginia Law Review*.

buenas razones. El mantener bajos los costos del gobierno no constituye una bendición absoluta cuando existe un riesgo permanente de mal manejo gubernamental. Si se obliga a todos los poderes a canalizarse en tres ramas, se reduce la dimensión total del gobierno federal y se fuerza a quienes detentan el poder a tomar drásticas opciones sobre lo que debe hacerse. La división del poder rígida opera, de este modo, como otra limitación indirecta sobre el tamaño del gobierno y, en consecuencia, sobre su poder total. El moderno Estado regulador es impensable sin agencias administrativas independientes, y es así como debería ser.

c) Derechos Protegidos

La última parte de todo el sistema es la protección directa de los derechos individuales. En parte este principio es necesario porque los derechos de abandonar los Estados (y aun la nación) son simplemente insuficientes para superar todas las formas de abuso gubernamental. La expropiación local en el contexto de uso de terrenos sigue siendo excesiva; la segregación escolar en el Antiguo Sur (y en otras regiones en menor medida) indica que los gobiernos locales ejercen realmente una dosis sustantiva de monopolio del poder, el que puede ser usado inmoralmente contra un determinado grupo de ciudadanos en beneficio de los demás. Si el peligro principal es la incapacidad de las instituciones políticas democráticas para preservar los derechos de las minorías, será justo considerar que el problema de los derechos legales, reforzados frente a gobiernos estatales y federales, es un elemento crítico dentro de nuestro modelo global de gobierno.

En consecuencia, yo apoyo decididamente el poner limitaciones al poder del gobierno en todas las áreas. Pienso, además, que la distinción moderna entre libertades preferidas y derechos ordinarios está completamente errada, no porque las primeras reciban demasiada protección sino porque estos últimos reciben muy poca. No basta con decir que los ricos pueden protegerse gracias a la legislación. No estamos tratando de protegerlos como tales. Se trata de un asunto social. No hay mucho provecho en los conflictos que enfrentan una industria contra otra, ricos contra ricos, pobres contra pobres. Pero cualquiera sea la configuración de estas luchas, el origen de nuestra preocupación son las pérdidas a nivel social, no a nivel privado. La defensa que he intentado de la propiedad privada no es una defensa disfrazada de un privilegio especial.⁴ Yo lucharía por abolir cualquiera legisla-

⁴Richard A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. (Cambridge: Mass, 1985).

ción que intentara el acceso a la riqueza para preservar el área de dominio de los pudientes. Como lo demostró hace mucho Adam Smith, la creencia en la propiedad y en los mercados no es una creencia en el mercantilismo, tarifas elevadas y otras barreras para el comercio.

Nuestro propósito básico es mantener al Soberano, ese *Leviathan*, dentro de proporciones manejables. La tarea no es fácil porque una Constitución requiere que uno haga juicios en abstracto, confiando en que se sostendrán acertados en los casos particulares que acontezcan en el futuro. Esto ha resultado ser una dificultad reiterada en relación a todas las garantías fundamentales, pero no es una dificultad sin esperanzas de solución. Vale la pena tolerar la ambigüedad y errores marginales, ya sea en relación a la propiedad o a la libre expresión, si se trata de preservar lo medular. A lo largo del tiempo hemos podido idear principios de libertad de expresión que controlan su posible uso subordinado a la fuerza o al fraude, permitiendo, al mismo tiempo, la mayor tolerancia posible en otras áreas.

Esta misma generalidad es aplicable, en principio, a la protección constitucional del contrato y la propiedad, a pesar del mezquino tratamiento que ha sufrido en manos de la Corte Suprema.

Recordemos las observaciones que hice al inicio de este artículo a propósito del efecto que tienen los contratos ordinarios. Si ellas son correctas, pensaremos que las transacciones comerciales voluntarias acrecientan la riqueza de las partes y generan, sistemáticamente, externalidades positivas. El uso de la violencia tiene el efecto social opuesto. La discusión no se refiere en absoluto a los elementos particulares del caso, como el tipo de contrato privado o a la motivación de la violencia. Tenemos, por tanto, la generalidad requerida, para sostener un principio constitucional. Podemos proteger los contratos, ya sea si operamos con mercados de trabajo o de capital, o bien si tratamos con restricciones a la entrada impuestas por leyes de salario mínimo, restricciones a la entrada que impiden la venta de valores por parte de los bancos o leyes de control de arriendos. En último término, todo esto es inconstitucional. Los detalles de cada "caso" no alteran el análisis general. Sólo indican el modo en el que una legislación básicamente equivocada inflige una pérdida de carácter social, ya sea medida en términos de utilidad o de riqueza. Decisiones tales como las del juicio *Lochner vs New York*⁵ fueron correctas porque la legislación del Estado de Nueva York sobre el máximo de horas de trabajo era típicamente una legislación que fomentaba el interés propio: resultaba de los intentos exitosos de algunos sindicatos para imponer

⁵ 198 U.S. 45 (1905).

cargas desproporcionadas sobre empresas rivales que empleaban modos diferentes de producción, teniendo, en consecuencia, diferentes requerimientos para su fuerza de trabajo.⁶

Los principios de procesos de obligaciones sustantivos, o de ganancias, merecen en realidad un estatuto constitucional, precisamente por su grado de generalidad, poder y permanencia que los hace inmunes a futuros cambios de preferencias o de tecnologías. Si bien es necesario dejar a la legislatura el poder de decisión para declarar la guerra a una nación extranjera, no hay un razón similar para suspender el juicio cuando se trata de decidir si se deben regular los salarios y precios del trabajo y de los bienes.⁷ Puesto que esta cuestión puede ser contestada negativamente en forma definitiva no es necesario dejarla abierta permitiendo que la legislatura pueda equivocarse si sucumbe a las fuertes presiones y campañas promovidas por grupos de interés. Existe una teoría normativa muy consistente que explica por qué la protección de la libertad y de la propiedad es buena en todo tiempo, y es esta teoría la que hace no aconsejable establecer la distinción artificial entre una protección de la libre expresión y la protección de la propiedad, distinción presente ahora en la legislación moderna.

⁶ Los panaderos empleados por *Lochner* trabajaban horas más largas porque preparaban el pan en la tarde y lo sacaban de los hornos por la mañana, durmiendo en el intervalo. Los sindicatos rivales de otras firmas usaban dos turnos de trabajo y no ocupaban a trabajadores que se quedaran a dormir (en los recintos). Es bueno considerar tres características de la legislación. En primer lugar la ley sobre horario máximo, invalidada en el *Caso Lochner*, perturbó el estilo de trabajo de éste, pero no tuvo impacto en sus rivales. En segundo lugar, la legislación de horario máximo era parte de un paquete más grande de legislación "reformista" que regulaba particularmente las condiciones de sueño de los trabajadores, con efectos, obviamente, muy dispares. En tercer lugar, no todos los panaderos fueron protegidos. Las fuerzas que intervinieron en la legislación pudieron formularla, de tal modo que no provocara una oposición legislativa de parte de otras industrias con las cuales los panaderos sindicalizados no estaban en competencia. Para este tema en general, cf Epstein, Richard A., *Toward a Revitalization of the Contract Clause* in U. Chi. L. Rev. 732-34 (1984).

⁷El problema de que pueda tener lugar la reglamentación sólo se da si se compensa a los perdedores. Típicamente, esa compensación no será concedida, porque la regulación es un juego de sumas negativas. Pero la posibilidad de mejorar las condiciones generales de bienestar social son las que distingue, a un nivel constitucional, el uso de las leyes *antitrust* para controlar los monopolios horizontales de las reglas de salario mínimo. Para una consideración más amplia de estos temas, cf. Epstein, *Supra* Nota 4, esp. 274-82.

III. ¿Es Posible el Constitucionalismo?

El programa enunciado es ambicioso. Uno se podría preguntar, en consecuencia, ¿puede todo esto ser realizado por alguna Constitución?, ¿por nuestra Constitución? La respuesta dependerá, en gran medida, de la visión que se tenga del lenguaje, de su capacidad de guiar e informar. Si uno presupone que todas las doctrinas son blandas, intelectualmente abiertas, políticamente adaptables y moralmente discutibles, entonces cualquier esfuerzo para formular una Constitución es vano. Más tarde o más temprano, y seguramente más temprano que tarde, cualquier esfuerzo serio de elaborar una Constitución caerá, necesariamente, por su propio peso. Sin embargo, parece claro que algunas disposiciones presentes en nuestra Constitución, especialmente aquellas relacionadas con la separación de los poderes y las libertades de expresión y de culto, han sobrevivido a la trituración a la cual generaciones de casos las han expuesto, precisamente porque el escepticismo lingüístico no ha dominado nunca los planteamientos judiciales en la interpretación de los textos.

Iré aún más lejos. Pienso que muy pocos de los pasos equivocados que se han dado en nuestra historia constitucional pudieran ser rescatados celebrando la naturaleza abierta del lenguaje constitucional. En el uso ordinario, la manufactura precede a la comercialización, no es parte de ella. En el lenguaje ordinario, no existe una distinción hermética entre un impuesto y una ganancia. En lenguaje ordinario, la creación de los poderes Legislativo y Ejecutivo no autoriza el uso de agencias administrativas. No quisiera minimizar las dificultades interpretativas que surgen bajo la Constitución, incluso cuando se la interpreta teniendo en cuenta su estructura y teoría básicas. Pero las dificultades de interpretación no bastan para explicar el actual malestar al interior de la moderna ley constitucional americana. La enorme y despiadada expansión del poder gubernamental sólo puede ser explicada por el repudio sistemático a los principios básicos del gobierno limitado, principios que informaban la estructura constitucional original. Es una filosofía política distinta la que está en el origen de muchas decisiones que han extendido el alcance del poder federal y estatal sobre asuntos individuales. La Constitución fue diseñada por personas que intentaron encontrar una respuesta lockeana al problema hobbesiano. Ha sido interpretada por tribunales y académicos que demasiado a menudo olvidan que un gobierno de grandes dimensiones constituye, muchas veces, un problema y no una solución. □