

# El trasfondo axiológico del derecho de propiedad privada en el Código Civil colombiano y sus desafíos en la configuración del Estado Social de Derecho

ELISA BOTERO DUQUE

## RESUMEN

El desarrollo del marco teórico que agrupa las relaciones entre derecho y economía ha empezado a tener un notable desarrollo a partir de finales del siglo pasado. Esto obedece a los procesos de coevolución de las dos ciencias y la profundización de las relaciones que se tejen entre éstas.

Así, el funcionamiento de una economía de mercado y los fenómenos que ésta produce generan una presión a la ciencia del derecho para la creación de instituciones jurídicas, y por su parte las instituciones jurídicas crean estructuras de estímulos y desestímulos en los intercambios humanos que producen nuevos desarrollos económicos.

Estas instituciones jurídicas y su relación con el mercado, vistas desde el pensamiento liberal, definen el campo de acción para el análisis del derecho de propiedad en el Código Civil colombiano. En este orden, el objetivo a abordar es exponer, en el marco del pensamiento liberal clásico, y desde una perspectiva institucional, las relaciones que existen entre derecho y economía desde el estudio de la propiedad privada en su ya

mencionada doble connotación. Sin embargo, concibiendo la propiedad privada como una relación creada por el derecho entre el valor económico y el individuo, y considerando la importancia de la correspondencia entre valores económicos y jurídicos, el documento se encamina particularmente a analizar la propiedad como pieza fundamental en el proceso de creación de valor en el mercado, según es concebido por los liberales clásicos, y a contrastar el desempeño de la misma institución en los nuevos esquemas de creación de valor existentes en la economía moderna, a raíz de la intervención del Estado en el mercado.

El documento puede dividirse en tres partes fundamentales. La primera parte desarrolla con mayor detenimiento los presupuestos teóricos del liberalismo clásico en cuatro aspectos fundamentales: la libertad como valor (epígrafe II), el rol del Estado y las instituciones (epígrafe III), las formas de creación de valor en una economía liberal (epígrafe IV), el papel de la propiedad privada (epígrafe V) y la expresión jurídica que ha tomado el pensamiento liberal en el Código Civil (epígrafe VI). En una segunda parte, se analiza la realidad institucional y

económica actual, sus principales manifestaciones y consecuencias. Así, el epígrafe VII, explora la noción e ilustra brevemente la evolución del Estado social de derecho, y constata el desbordamiento de las funciones del Estado actual frente a las que le asigna el pensamiento liberal. La última parte (epígrafe VIII) finalmente contrasta el papel de la propiedad privada como institución jurídica y económica en el pensamiento liberal, con el rol que desempeña en la actualidad; se propone una clasificación de las formas de intervención del Estado actual, se evalúan las nuevas formas de creación de valor que se derivan de la intervención del Estado en el mercado, y finalmente se sugiere la necesidad de replantear las formas institucionales tradicionales de la propiedad privada para adecuarlas a las nuevas formas de creación de valor, con el objetivo de proteger la libertad, que como se ve desde un principio, es el pilar fundamental del pensamiento liberal (epígrafe IX).

**Palabras clave:** Propiedad privada, Estado, libertad, economía liberal, instituciones, creación de valor.

## I. INTRODUCCIÓN: DERECHO Y ECONOMÍA EN EL PENSAMIENTO LIBERAL CLÁSICO DESDE UNA ÓPTICA INSTITUCIONAL

Derecho y economía son dos formas de pensamiento normativo, son dos maneras de concebir la organización de la vida en sociedad. La relación entre ambas disciplinas es compleja y en ningún caso unilateral: ambas esferas se comunican recíprocamente y en modos variados, y como resultado inexorable de esta interconexión, derecho y economía coevolucionan.

En el siglo XVIII, ADAM SMITH, precursor de la economía moderna, ya se preguntaba

por el papel que las normas jurídicas cumplían y debían cumplir en el funcionamiento de la economía. Después de él, numerosos teóricos de la economía y el derecho, en ocasiones de manera explícita y otra veces de forma implícita, han abordado el tema de las relaciones "jurídico económicas" desde infinidad de ópticas y desde múltiples posiciones políticas. Estas aproximaciones, sin embargo, no dejaban de ser un tanto superficiales por una razón principal: el objetivo principal de estos estudios no era desentrañar las relaciones entre ambas disciplinas, aunque la argumentación en ocasiones forzosamente condujese hacia ese lugar, sino el estudio de las interrelaciones humanas que toman la forma de intercambios de mercado, en el contexto de una economía monetaria<sup>1</sup>.

El primer estudio complejo de las relaciones entre derecho y economía fue realizado por RONALD H. COASE, economista británico y Premio Nobel de Economía en el año de 1991. Sus estudios y los de otros académicos de su generación abrieron paso a un nuevo grupo de expertos cuyo objeto principal de estudio son precisamente las relaciones "jurídico-económicas". Pero si la relación entre economía y derecho es tan íntima y tan evidente para juristas y economistas del siglo XXI, ¿por qué no existen estudios rigurosos y sistemáticos sobre la interconexión de ambas disciplinas sino hasta mediados del siglo XX?; ¿antes de este momento la relación era tan simple que no ameritaba estudios o aunque era igualmente compleja simplemente no despertaba el interés de los teóricos?

JOHN KENNETH GALBRAITH explica cómo la evolución del pensamiento económico es el resultado del devenir histórico: "las ideas económicas son producto de su época y

lugar; no se las puede ver al margen del mundo que interpretan<sup>2</sup>. El autor expone cómo la ciencia económica pretende ser tanto teoría del valor como teoría de la distribución, es decir, la economía se pregunta básicamente por dos cosas: cómo se genera valor y cómo se distribuye. Puede ocurrir, y efectivamente ha ocurrido, que en determinado momento en el tiempo exista una ausencia de respuestas con respecto de alguno de estos interrogantes; hay quienes opinan que esto se debe a que el pensamiento económico no ha adquirido el grado de sutileza necesario para abordar ciertas cuestiones. GALBRAITH se inclina por pensar que la inexistencia de respuestas obedece a que los interrogantes no se han formulado aún. Ilustra su posición con varios ejemplos entre los cuales resulta verdaderamente ilustrativo aquel que se refiere a la esclavitud: mientras ésta existió no hubo necesidad de teorizar acerca de los salarios; si el trabajo no era remunerado, evidentemente no había lugar a preguntarse cómo debía determinarse el monto de la remuneración.

Entonces, volviendo a nuestra pregunta, ¿por qué no existen estudios rigurosos y sistemáticos sobre la interconexión entre derecho y economía sino hasta mediados del siglo XX? Porque solamente desde mediados del siglo XX la historia económica y jurídica alcanzó un desarrollo en el cual fue relevante preguntarse en un grado mayor de profundidad por cuáles eran y cuáles debían ser las relaciones entre economía y derecho. Surge entonces una nueva pregunta ¿qué fue exactamente aquello que despertó finalmente el interés? ¿Qué eventos históricos determinaron la formulación de estos interrogantes? Me aventuro a dar una respuesta.

Bajo la óptica de la ortodoxia clásica, en el ámbito macroeconómico siempre ha sido

indispensable la intervención y la regulación por parte del Estado; en el ámbito microeconómico, sin embargo, se consideraba que los particulares debían tener plena autonomía y que las fuerzas invisibles del mercado tenían el poder exclusivo de regulación. Sin embargo, con la aparición de las grandes sociedades de capitales y de los conglomerados empresariales transnacionales en el siglo XX y su inmensa influencia económica, la realidad desafió la teoría microeconómica clásica. En este cambio interno en la naturaleza de las unidades productivas

desempeña un papel principal la circunstancia, [...] de que la empresa económica moderna, la gran firma característica contemporánea, exige una muy vasta organización para desarrollar sus operaciones. Ello implica una intrincada división del trabajo: producción, comercialización, publicidad, finanzas, personal, relaciones públicas e institucionales, creación de nuevos productos, estrategias de adquisición y muchos otros más [...] las características resultantes de la organización tienen una gran importancia microeconómica<sup>3</sup>.

Hasta la aparición de las empresas de gran tamaño, los economistas no contemplaban, salvo los casos de monopolios y oligopolios, situaciones en las cuales un sólo grupo de individuos tuviese un poder tan extraordinario para influir en la determinación de precios y salarios. El mismo GALBRAITH explica cómo en todos los países industrializados el fenómeno de la inflación asumió una nueva forma,

se trataba de los incrementos de precios y salarios ocasionados por las mutuas influencias de las grandes organizaciones dentro de la economía moderna. Como resultado de la concentración industrial, las sociedades

anónimas habían llegado a adquirir un dominio muy considerable sobre sus precios [...] Y los sindicatos habían conseguido, por su parte, una vasta influencia en los salarios y prestaciones otorgados a sus afiliados [...].<sup>4</sup>

Los acontecimientos forzaron a los estudiosos a prestar particular atención a los nuevos retos que debía enfrentar la microeconomía. A este renovado interés probablemente se debe la aparición de los importantes trabajos de RONALD H. COASE<sup>5</sup>, que muchos años después lo harían merecedor del premio Nobel. Entre sus múltiples y valiosos aportes a la microeconomía<sup>6</sup> se destaca el descubrimiento de los costos de transacción<sup>7</sup>, concepto que desarrollaremos posteriormente.

La conciencia sobre la existencia de los costos de transacción significó un gran avance para la ciencia económica en general; permitió que los economistas hasta ahora dedicados a la *blackboard economics* (literalmente, "economía de tablero")<sup>8</sup> se aproximaran de manera más acertada a la realidad económica. En el muy famoso teorema de COASE, el autor demuestra cómo en un mundo en el cual no existieran costos de transacción no podría hallarse una justificación económica para la existencia de la sociedad mercantil (*firm*) y demás instituciones al interior de una economía de mercado. Así, COASE puso de presente que la ciencia económica que no considera los costos de transacción provee solamente un análisis incompleto y alejado de la realidad económica, y asimismo mostró cómo el funcionamiento de una economía de mercado implica la presencia de costos de transacción, los cuales dan razón de la aparición de las instituciones jurídicas dentro del mercado y de su correlativa necesidad para el eficiente desempeño del mismo.

La aparición de las instituciones como mecanismos para sortear o evitar costos transaccionales produjo un extraordinario interés, tanto dentro como fuera de la disciplina, por estudiar en profundidad el rol fundamental de las instituciones dentro del funcionamiento de la economía. Este nuevo campo de estudio académico se denomina Economía Institucional y consta de dos vertientes diferenciadas<sup>9</sup>: la Economía Institucional Original y la Nueva Economía Institucional<sup>10</sup>. La segunda de estas vertientes comparte con la ortodoxia clásica o liberalismo clásico su enfoque en esencia individualista, según el cual, "[l]as instituciones surgen del comportamiento individual a través de la interacción entre individuos"<sup>11</sup>.

Por todo ello, en la actualidad existe una marcada tendencia de estudiar, desde el punto de vista institucional, las relaciones entre economía y derecho. Aun así, para la pregunta "¿qué relación existe entre derecho y economía?" no existe una respuesta única, no sólo porque múltiples autores han abordado el tema desde todas las posiciones políticas, sino también porque de la coevolución de ambas disciplinas resulta que en distintos momentos históricos las relaciones entre una y otra han sido diferentes, lo cual confirma que la relación derecho economía tiene posibilidades abiertas.

Sin embargo, desde el enfoque de la Nueva Economía Institucional, derecho y economía tienen una relación bilateral. DOUGLAS NORTH, premio Nobel de Economía en 1993, describe esta relación así:

"Las instituciones son las reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el

intercambio humano, sea político, social o económico. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, por lo cual es la clave para entender el cambio histórico. Es innegable que las instituciones afectan el desempeño de la economía. Tampoco se puede negar que el desempeño diferencial de las economías a lo largo del tiempo está influido fundamentalmente por el modo en que evolucionan las instituciones<sup>12</sup>.

De esta manera, en una proposición simple, podemos definir la relación derecho economía así: el funcionamiento de una economía de mercado y los fenómenos que ésta produce generan una presión a la ciencia del derecho para la creación de instituciones jurídicas, y por su parte las instituciones jurídicas crean estructuras de estímulos y desestímulos en los intercambios humanos que producen nuevos desarrollos económicos<sup>13</sup>.

La relación que hemos mencionado puede analizarse desde la óptica de diversas instituciones, tanto formales como informales<sup>14</sup>. La multiplicidad de instituciones existentes impide abordarlas sistemáticamente en este documento; por lo tanto, el propósito de este trabajo es ilustrar la relación que existe entre derecho y economía desde una institución en particular y desde una de las tantas posiciones desde las cuales es posible realizar este análisis. Se pretende develar esta conexión desde el estudio de la institución de la propiedad privada en una doble connotación: como fenómeno económico y como institución jurídica. Inicialmente diremos que en el primero de los sentidos la existencia de la propiedad privada se concibe como un prerrequisito en el proceso de creación de valor en una economía de mercado y es incentivo para la cooperación; en el se-

gundo sentido la propiedad es una relación jurídica entre un individuo, o persona jurídica, y un bien material o inmaterial que tiene valor.

En cuanto al punto de vista desde el cual se aborda el tema, he elegido el pensamiento liberal clásico. Como se verá, la propiedad privada es pilar fundamental del *pensamiento liberal* en todos sus aspectos, así como es también liberal la forma en que esta institución se incorporó en los códigos, de forma que el concepto económico y el concepto jurídico de propiedad son deudores, en mayor o menor medida, de esta línea de pensamiento.

Sin embargo, no es posible proseguir sin antes advertirle al lector sobre la contaminación y degeneración que a lo largo de la historia ha sufrido el término "liberalismo"; así, "[...] la perversión política de nuestra semántica ha mutado el significado originario del vocablo —amante de la libertad, persona que se alza contra la opresión— reemplazándolo por el de conservador y reaccionario. Es decir, algo que en boca de un progresista significa cómplice de toda la explotación y las injusticias de que son víctimas los pobres del mundo"<sup>15</sup>.

No es entonces exagerado afirmar que el vocablo "liberal", tal y como es usado en nuestros días, corresponde a exactamente lo contrario de lo que el mismo término pretendía significar en sus orígenes en el siglo XIX. Esta problemática dista de ser puramente lingüística; en realidad, describe un cambio radical en el pensamiento político, filosófico y, por supuesto, económico<sup>16</sup>.

El liberalismo del siglo XIX o liberalismo clásico es una teoría económica, política y social que se fundamenta, en esencia, en la creencia de que la libertad es la finalidad última y el valor supremo<sup>17</sup>. Como teoría

económica el liberalismo propugna por el libre comercio entre naciones, la creación de valor por medio de las fuerzas del mercado y la competencia, y la propiedad privada como incentivo para la cooperación voluntaria de los individuos; como teoría política, el liberalismo defiende el rol limitado y la reducción del poder arbitrario del Estado, el gobierno representativo y democrático, las instituciones parlamentarias, la protección de las libertades civiles y la descentralización política. Finalmente, como teoría de la sociedad, el liberalismo asume una postura individualista conforme a la cual la colaboración espontánea de individuos libres es capaz de lograr resultados mejores de los que sus mentes, individualmente consideradas, podrían llegar a imaginar o crear. La creencia en los productos sociales espontáneos es la característica predominante del individualismo antirracionalista inglés, defendido entre otros autores por JOHN LOCKE, ADAM FERGUSSON, ADAM SMITH, BERNARD MANDEVILLE, DAVID HUME, MILTON FRIEDMAN, FRIEDRICH A. HAYEK, ALEXIS DE TOCQUEVILLE y LORD ACTON<sup>18</sup>. HAYEK explica cómo el liberalismo está en favor de la competencia como método para coordinar los esfuerzos individuales, pero cómo adicionalmente se requiere de un marco legal dentro del cual esta coordinación pueda hacerse efectiva:

El argumento liberal está en favor de hacer el mejor uso posible de las fuerzas de la competencia como medios para coordinar los esfuerzos humanos, no es un argumento para dejar las cosas tal como están. Está basado en la convicción de que, cuando una competencia efectiva puede ser creada, es una mejor manera de guiar a los individuos que cualquier otra. No niega, sino enfatiza que, para que la competencia funcione adecuadamente, un marco legal cuidadosamen-

te pensado es requerido y que ni las existentes ni las pasadas reglas legales, están libres de graves defectos. Tampoco niega que, donde es imposible crear las condiciones necesarias para producir competencia efectiva, debemos acudir a otros métodos para guiar la actividad económica. El liberalismo económico se opone, sin embargo, a que la competencia sea suplantada por métodos inferiores para coordinar los esfuerzos individuales. Y considera que la competencia es superior no sólo porque es, en la mayoría de las circunstancias, el modo más eficiente que se conoce, sino todavía más porque es el único método mediante el cual nuestras actividades pueden ajustarse las unas a las otras sin la intervención de una autoridad coercitiva o autoritaria<sup>19</sup>.

Para un liberal del siglo XX y, naturalmente, para un liberal del siglo XXI<sup>20</sup>, palabras como "igualdad" y "bienestar" han reemplazado el lugar privilegiado que para los liberales originales ocupaba la libertad; de manera que bienestar e igualdad son considerados en la actualidad ya como prerequisites, ya como alternativas de la libertad<sup>21</sup>. Aunque la reducción del poder arbitrario del Estado, el gobierno representativo y democrático, las instituciones parlamentarias y la protección de las libertades civiles, siguen siendo pilares del liberalismo político, hoy en día existe una mayor tendencia hacia la centralización estatal<sup>22</sup>. En el ámbito económico, sin embargo, la presión a favor de una creciente intervención del Estado en el mercado demuestra la desconfianza que tiene el liberal del siglo XX en los productos sociales espontáneos. Un "nuevo" individualismo, de carácter racionalista, considera que los productos espontáneos sólo logran satisfacer los propósitos sociales si están sujetos al control de la razón humana individual<sup>23</sup>; JEREMY

BENTHAM, JEAN-JACQUES ROUSSEAU y los fisiócratas son todos precursores de esta forma de pensamiento. En la actualidad, las imprecisiones han llegado a ser de tal magnitud que se ha llegado al absurdo de considerar que los verdaderos individualistas, confiados en los productos sociales espontáneos, promueven en realidad una sociedad de hombres que son y deberían ser egoístas<sup>24</sup>. Nos encontramos ahora frente a una enorme confusión terminológica y conceptual:

[c]on el correr del tiempo la confusión se fue agravando hasta llegar hoy a una situación caótica en la cual el término "liberalismo" evoca cosas muy diversas para distintos observadores. En tiempos recientes, este estado de cosas se ha agravado por la creciente manía de calificar el vocablo original (liberalismo social, liberalismo humanista, neoliberalismo, liberalismo nacional, etc.). Ahora bien, en su uso original dentro de la tradición anglo-sajona, el término transmitía algo claro y sencillo. Los liberales clásicos estaban principalmente preocupados por establecer límites a la acción de los gobiernos. Eran gentes más obsesionadas con cómo se gobernaba que con quién lo hacía. En otras palabras, los liberales eran los partidarios del gobierno limitado<sup>25</sup>.

Justamente, para los liberales originales, la palabra "libertad" se refería a libertad frente a la coerción del Estado y de los demás individuos, independencia y soberanía del individuo en su esfera privada<sup>26</sup>.

La degeneración que ha sufrido el término "liberalismo" ha implicado la correlativa transformación del significado de la palabra "libertad". Para los liberales del siglo XX, la promesa de libertad se refiere a la liberación del hombre del yugo de la necesidad, de la tiranía de la escasez y la mise-

ria; en últimas, libertad ha venido a significar una suerte de igualdad en la distribución del ingreso<sup>27</sup>.

Asimismo, "debido a esta corrupción del término liberalismo, los puntos de vista que antes se identificaban con ese nombre, ahora son comúnmente catalogados como conservatismo"<sup>28</sup>. Esta tendencia es francamente lamentable si se considera que un verdadero liberal no teme a la transformación y el progreso de la sociedad y, en esa medida, se opone fervientemente a todo tipo de privilegio, mientras que un conservador defiende el *statu quo*, el orden establecido y, por lo tanto, apoya el mantenimiento de los privilegios sociales.

De nuevo, el objetivo de este documento es exponer, en el marco del pensamiento liberal clásico, y desde una perspectiva institucional, las relaciones que existen entre derecho y economía desde el estudio de la propiedad privada en su ya mencionada doble connotación. Sin embargo, concibiendo la propiedad privada como una relación creada por el derecho entre el valor económico y el individuo, y considerando la importancia de la correspondencia entre valores económicos y jurídicos, el documento se encamina particularmente a analizar la propiedad como pieza fundamental en el proceso de creación de valor en el mercado, según es concebido por los liberales clásicos, y a contrastar el desempeño de la misma institución en los nuevos esquemas de creación de valor existentes en la economía moderna, a raíz de la intervención del Estado en el mercado.

El documento puede dividirse en tres partes fundamentales. La primera parte desarrolla con mayor detenimiento los presupuestos teóricos del liberalismo clásico en cuatro aspectos fundamentales: la libertad

como valor (epígrafe II), el rol del Estado y las instituciones (epígrafe III), las formas de creación de valor en una economía liberal (epígrafe IV), el papel de la propiedad privada (epígrafe V) y la expresión jurídica que ha tomado el pensamiento liberal en el Código Civil (epígrafe VI). En una segunda parte, se analiza la realidad institucional y económica actual, sus principales manifestaciones y consecuencias. Así, el epígrafe VII, explora la noción e ilustra brevemente la evolución del Estado social de derecho, y constata el desbordamiento de las funciones del Estado actual frente a las que le asigna el pensamiento liberal. La última parte (epígrafe VIII) finalmente contrasta el papel de la propiedad privada como institución jurídica y económica en el pensamiento liberal, con el rol que desempeña en la actualidad; se propone una clasificación de las formas de intervención del Estado actual, se evalúan las nuevas formas de creación de valor que se derivan de la intervención del Estado en el mercado, y finalmente se sugiere la necesidad de replantear las formas institucionales tradicionales de la propiedad privada para adecuarlas a las nuevas formas de creación de valor, con el objetivo de proteger la libertad, que como se ve desde un principio, es el pilar fundamental del pensamiento liberal (epígrafe IX).

Soy consciente de que dado lo ambicioso del proyecto, en ocasiones este documento alcanza a recoger algunas ideas generales cuyo estudio requeriría de un análisis extenso. Sin embargo, la finalidad de este escrito es presentar una tesis que al autor le parece digna de atención y estudio, y darle a esa tesis un desarrollo suficientemente justificado académicamente, esperamos que se cumpla en las páginas siguientes. Valga la pena añadir que este artículo está escrito desde una

perspectiva jurídica pero que asimismo incluye elementos económicos que son de suma relevancia para el tema de estudio.

## II. LA LIBERTAD COMO VALOR

Los ordenamientos jurídicos occidentales que tienen sus orígenes remotos en los cambios producidos por la Revolución Industrial, han recogido siempre la libertad como valor fundamental del individuo. Precisamente, en el pensamiento liberal clásico<sup>29</sup> la libertad es considerada como el valor<sup>30</sup> fundamental dentro de una sociedad. Para muchas personas, esta proposición es inaceptable, sobre todo si se considera que la libertad para un liberal parte del entendimiento del hombre como individuo, es decir, un liberal tiene una concepción individualizada del término. ¿Por qué no privilegiar la igualdad o el bienestar sobre la libertad? Es necesario entonces, siquiera sucintamente, realizar un análisis más detallado que contraponga la libertad a otros valores de importancia para la sociedad actual, con el propósito de justificar cómo desde la óptica del liberalismo todos estos valores sólo pueden entenderse y tener completo desarrollo dentro de la libertad. Desde la perspectiva del constitucionalismo moderno, particularmente desde el Estado Social de Derecho, la igualdad, el bienestar general, la justicia, la participación democrática y la dignidad humana son los valores los que hoy en día poseen una mayor entidad en el mundo occidental actual.

### A. Libertad e igualdad

Concebir la igualdad entre los hombres como identidad es simplemente un imposible. El azar decide si un niño nace en una

familia rica o pobre, en la China o en Colombia, con o sin talento para los deportes, con o sin dotes artísticos, con ojos claros o con ojos oscuros; desde el nacimiento los hombres son diferentes, bien sea por su condición social, económica, física o cultural. La igualdad tiene sentido precisamente por la infinita variedad de seres humanos, porque ninguno es idéntico a otro; así la igualdad sólo puede ser una ficción puesto que la diferencia es una de las características definitorias del género humano. ¿Si los hombres son esencialmente distintos, qué debe entenderse entonces por igualdad?

Tal como ha sucedido con el término "libertad"<sup>31</sup>, es extremadamente complejo identificar un significado único para la palabra "igualdad"<sup>32</sup>; ésta ha tenido varias acepciones y alcances en el transcurso de la historia, o incluso, en un mismo momento histórico, ha sido utilizada en diferentes sentidos por diferentes grupos de personas. Así, desde el punto de vista político, la noción de "igualdad" puede entenderse en tres sentidos.

En primer lugar "igualdad" puede referirse a igualdad ante la ley; de tal modo que los hombres, independientemente de sus diferencias naturales, sean tratados indistintamente por el derecho, sean destinatarios de las mismas normas y gocen de los mismos derechos y deberes.

En segundo lugar, "igualdad" se ha entendido como "igualdad de oportunidades":

la [igualdad] de oportunidades no ha de entenderse literalmente. Su verdadero sentido quizá se aclara mejor con esta expresión proveniente de la Revolución Francesa: *une carrière ouverte aux talents*, una carrera abierta al talento. No deben ponerse obstáculos arbitrarios a las personas para obtener las posiciones acordes con sus talentos y que

sus valores les llevan a buscar. Ni el nacimiento, ni la nacionalidad, color, religión o sexo, ni cualquier otra característica irrelevante deben determinar las oportunidades que se abren ante una persona; sólo debe hacerlo su capacidad<sup>33</sup>.

Como tercera y última acepción, aparece la "igualdad" como igualdad de resultados:

[...] igualdad de resultados, ha ido ganando peso [...] En ciertos medios intelectuales, la conveniencia de la igualdad de resultados se ha convertido en un artículo de fe: todos deben acabar la carrera a la vez. Como dice el Dodo en *Alicia en el país de las maravillas*, "han ganado todos y todos han de tener premio". En este concepto, como en los otros dos, "igual" no puede ser interpretado literalmente como "idéntico". En realidad nadie sostiene que todos, sin diferencia de edad, sexo, u otras cualidades físicas, deban tener raciones idénticas de cada partida de comida, ropa y así sucesivamente. El objetivo es más bien la "equidad", noción mucho más vaga, difícil, sino imposible, de definir con precisión. "Partes equitativas para todos" es el lema moderno que ha reemplazado al de KARL MARX, "de cada uno según sus posibilidades, a cada uno según sus necesidades"<sup>34</sup>.

En sus primeras dos acepciones, la igualdad no sólo no contradice la libertad sino que la complementa; libertad e igualdad son así dos aspectos de un mismo entendimiento del hombre como un fin en sí mismo. En su tercera acepción, sin embargo, "igualdad" está en clara contradicción con la libertad. La igualdad de resultados se entiende en torno a la idea de equidad y sin embargo,

[la] "equidad", como las "necesidades", dependen del espectador. Si todos han de tener "partes equitativas", alguien o algún

grupo de personas debe decidir qué partes son equitativas, y deben ser capaces de imponer sus decisiones a los demás quitando a los que tienen más que lo equitativo, dando a los que tienen menos. Los que toman e imponen tales decisiones, ¿son iguales a aquellos para quienes deciden? [...] <sup>35</sup>,

al decidir ¿no coartan la soberanía individual, la libertad?

La igualdad ante la ley y la igualdad de oportunidades sólo pueden ser reales y efectivas en una sociedad libre en la que los individuos, independientemente de sus diferencias innatas puedan decidir cuál será el conjunto de valores que regirán sus vidas, y puedan perseguir libremente los propósitos que han elegido para sí mismos.

Aunque es evidente que la igualdad de resultados en sí misma contradice la idea misma de libertad, no puede negarse que quienes la defienden propugnan también un aumento en el bienestar material de los menos favorecidos. No obstante, desde un punto de vista fáctico, este tipo de bienestar solamente puede encontrarse en una sociedad libre y competitiva puesto que

[e]l hecho de que las oportunidades abiertas a los pobres en una sociedad competitiva sean más restringidas que aquellas abiertas a los ricos no significa que en una sociedad tal los pobres no sean más libres que una persona que tiene una mayor comodidad material en un tipo diferente de sociedad. A pesar de que bajo la competencia la probabilidad de que un hombre que comienza pobre alcance una riqueza grandiosa es mucho más pequeña que de la que tiene un hombre que hereda sus propiedades, no sólo es posible que el primero lo consiga en abstracto, sino que además el sistema competitivo es el único en que uno depende únicamente en sí mismo y no en los favores de los poderosos, y donde nadie puede im-

pedir que un hombre consiga ese resultado <sup>36</sup>.

## B. Libertad y justicia

La justicia, que es una de las cuatro virtudes cardinales se inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o le pertenece. Según Epicuro, la justicia no es algo en sí misma sino un acuerdo entre los hombres que consiste en no hacer daño a los demás, para tampoco padecerlo. Para KANT, es justa "toda acción o toda máxima que permite la libre voluntad de cada uno coexistir con la voluntad de cualquier otro según una ley universal", es decir, una decisión sería justa si pudiese ser aprobada por todos y por cada individuo haciendo abstracción de sus intereses particulares <sup>37</sup>.

No es por casualidad que tanto a la competencia, propia de un orden social liberal, y a la antigua deidad de la Justicia, se les atribuya como característica esencial la ceguera. Es en este sentido que HAYEK afirma que

[...] es tanto un elogio para la competencia como para la justicia el que hecho de que no se respeta personas. El hecho de que es imposible predecir quienes tendrán suerte o a quienes les llegará el desastre, el hecho de que las recompensas y las penalidades no se reparten de acuerdo con el punto de vista de alguien sobre los méritos y los deméritos de las diferentes personas sino de acuerdo a sus capacidades y su suerte <sup>38</sup>.

Un sistema creado a partir de la cooperación voluntaria de hombres libres, en el que los intercambios de valor entre los individuos estén determinados por la competencia, es un sistema inherentemente justo: todos los hombres participan en igualdad de condiciones, siguiendo reglas de con-

ducta justas<sup>39</sup>, colaborando ciegamente en el funcionamiento de la sociedad, desconociendo el resultado inmediato de sus acciones sobre la totalidad del conglomerado social, conglomerado donde las voluntades de cada uno, pueden coordinadamente convivir con las voluntades de todos, donde los fines de cada uno pueden perseguirse indistintamente de quien se sea.

### C. Libertad y bienestar común

En ocasiones se arguye que el "bienestar común" debe privilegiarse sobre la libertad. Pero, ¿quién puede definir qué se entiende por bienestar común? Considerando las diferencias existentes entre los hombres, y la consecuente infinidad de intereses, propósitos y valores que cada uno elige para guiar su vida,

[...] la concepción de bienestar común [...] de una sociedad libre nunca puede definirse como una suma de resultados particulares ya conocidos y que hay que lograr, sino tan sólo como un orden abstracto que no se encuentra orientado a ningún fin concreto particular, sino que meramente procura la mejor oportunidad para que cualquier miembro seleccionado al azar haga uso de su saber para el logro de sus propósitos<sup>40</sup>.

Una concepción de bienestar común diferente a la expuesta, como la que se acogería en un régimen de planeación central, se opone por completo a la libertad, pues implicaría que una persona o grupo de personas tendría que definir qué fines debe perseguir la sociedad, con qué orden de prioridad, y cuáles definitivamente deben descartarse, eliminando, por tanto, la elección individual. Según lo explica HAYEK<sup>41</sup>, un orden social espontáneo se orienta por

normas (nomocracia), y no por fines (telocracia), por lo cual dentro de la libertad el único bienestar común que puede concebirse es aquel en que los individuos tienen la misma oportunidad para perseguir el cumplimiento de los fines que han elegido personalmente.

Entendida dentro de la libertad, esta concepción de bienestar común está íntimamente ligada a uno de los valores a los que ya hemos hecho referencia, la igualdad de oportunidades; en otros términos, sólo con la existencia de igualdad de oportunidades en los términos en que la hemos definido es posible acoger la mencionada idea de bienestar común.

Sin embargo, el bienestar común o general también ha sido usualmente identificado con cierto grado de prosperidad y desarrollo que debe alcanzar una sociedad para conseguir que las necesidades básicas de todos se encuentren satisfechas. Esta segunda concepción de bienestar general o común se identifica con lo que podríamos llamar condiciones para el efectivo ejercicio de la libertad, y sobre las cuales se hará mención en los párrafos siguientes.

### D. Libertad y dignidad humana

Algunos relacionan la dignidad del hombre con ciertas condiciones materiales que deben satisfacerse en aras de conferirle este atributo al ser humano. Entonces dicen: ¿De qué le sirve la libertad a un hombre mal nutrido, enfermo, ignorante y sin techo? ¿Puede en realidad hacer uso de ella? Empero,

[...] la libertad no es la mera ausencia de frustración de cualquier clase; esto hincharía la significación de esta palabra hasta

querer decir demasiado o querer decir muy poco. El campesino [...] necesita ropa y medicinas antes que libertad personal, y más que libertad personal, pero la mínima libertad que él necesita hoy, y la mayor cantidad de la misma que puede que necesite mañana no es ninguna clase de libertad que le sea peculiar a él, sino que es idéntica a la de los profesores, artistas y millonarios<sup>42</sup>.

Quiere decir esto que, aunque es de suma importancia considerar la necesidad de un mínimo de condiciones materiales para que la libertad tenga sentido, lo cierto es que tratándose únicamente de libertad, el pobre y el rico la necesitan en igual cantidad y de igual naturaleza; cosa distinta es que el primero necesite otras cosas antes que libertad y que las necesita entre otras para que su libertad tenga sentido, pero constatar la existencia de esta necesidad, de ningún modo menoscaba la importancia de la libertad por sí misma. Es más, siendo las condiciones materiales importantes para atribuirle al hombre dignidad, de cualquier forma la libertad es también parte integrante y fundamental de la dignidad humana, el ser humano es digno, entre otras, porque es libre, porque tiene voluntad de elegir, eso lo diferencia de un simple animal; la libertad es lo que permite el perfeccionamiento del hombre, su civilización, su progreso, pues le confiere la oportunidad de ser espontáneo, original, creativo e ingenioso. Entonces, "[...] 'para qué' debe respetarse la libertad del hombre en el marco social: para facilitar el desarrollo del hombre como persona. La respuesta, como vemos, es de carácter ético. De allí el carácter "eticista" de la libertad."<sup>43</sup>.

### E. Libertad y participación democrática

No obstante la libertad en su sentido negativo hace referencia a cuál ámbito de la vida del hombre que debe dejarse sin interferencias, más que a cuál sería el origen de las interferencias permitidas, y aunque por lo tanto, no existe una conexión imperativa e inevitable entre libertad y democracia<sup>44</sup>, sí es posible, describir una relación estrecha entre una y otra cosa<sup>45</sup>.

Por la diversidad inherente al género humano, es más que evidente que existe una multiplicidad de intereses, fines y propósitos que deben reconciliarse para que sea posible la vida en sociedad. Puesto que el consenso absoluto en todas las áreas que nos conciernen a todos es una utopía, y es, por tanto, inalcanzable, el hombre tiene que conformarse con obtener mayorías<sup>46</sup>.

La democracia es el régimen político en el cual el pueblo es soberano. Dado que el "pueblo" es una entidad ficticia, una creación política, y dado que es imposible el consenso, sus intereses, los fines que persigue, son imposibles de determinar; en una democracia, por lo tanto, la voluntad o el querer del pueblo se expresa a través de mayorías.

El tipo de mayoría requerida para tomar una decisión, varía según su importancia y trascendencia social; si una cierta medida afecta de manera considerable la vida en sociedad, será entonces deseable aprobarla contando con el apoyo de una mayoría amplia, es decir, acercándose en una mayor medida al ideal del consenso. Sin embargo, es indudable que la toma de decisiones por medio de la regla de mayorías necesariamente implica la existencia de una minoría en desacuerdo.

En la medida en que una sociedad privilegie la libertad, y por tanto, se garantice una esfera íntima en la cual los individuos no tengan interferencia alguna y actúen con independencia, menos serán los asuntos que deberán resolverse democráticamente, es decir, menor será la posibilidad de que por usar la regla de las mayorías, por amplias que estas sean, se ocasione un rompimiento social derivado de la inevitable existencia de una minoría correlativa<sup>47</sup>.

Las comparaciones y relaciones que se leen en los párrafos que preceden, no son exhaustivas y de ninguna manera abordan la infinidad de valores existentes en la sociedad actual, ni siquiera agotan la lista de valores con que puede contrastarse la libertad. Sin embargo, parecen ser suficientes para explicar por qué un liberal defiende la libertad como valor supremo dentro de una sociedad, y por qué al privilegiarla, considera que por añadidura, se privilegian también otros valores de inmensa importancia<sup>48</sup>.

Con todo son varias las precisiones que deben hacerse. En primer lugar, no sobra manifestar que un verdadero liberal no considera que la libertad sea un valor irrestricto. No está de más recordar en este contexto las conocidas reflexiones de JOHN LOCKE:

Si el hombre es tan libre como hemos explicado en el estado de naturaleza, si es señor absoluto de su propia persona y de sus bienes, igual al hombre más encumbrado y libre de toda sujeción, ¿por qué razón va a renunciar a esa libertad, a ese poder supremo para someterse al gobierno y a la autoridad de otro poder? La respuesta evidente es que, a pesar de disponer de tales derechos en el estado de naturaleza, es muy inseguro en ese estado el goce de ellos, y se encuentra expuesto constantemente a ser atropellado por otros hombres. Siendo todos tan

reyes como él, cualquier hombre es su igual; como la mayor parte de los hombres no observan estrictamente los mandatos de la equidad y de la justicia, resulta muy inseguro y mal salvaguardado el goce de los bienes que cada cual posee en ese estado. Esa es la razón de que los hombres estén dispuestos a abandonar esa condición natural suya que, por muy libre que sea, está plagada de sobresaltos y de continuos peligros. Tienen razones suficientes para procurar salir de ella y entrar voluntariamente en sociedad con otros hombres que se encuentran ya unidos, o que tienen el propósito de unirse para la mutua salvaguardia de sus vidas, libertades y posesiones, a todo lo cual llamo con el nombre genérico de propiedad<sup>49</sup>.

Indudablemente, si la libertad fuese absoluta, los hombres podrían obstruirse mutuamente de forma ilimitada, de tal forma que, sería imposible cualquier tipo de organización social, y por lo tanto, prácticamente ninguna de las necesidades básicas del ser humano podría satisfacerse a cabalidad. Añádase a esta circunstancia el hecho de que la libertad es un valor que se define y se entiende alrededor de la idea

### III. EL PAPEL DEL ESTADO Y LAS INSTITUCIONES DESDE UNA PERSPECTIVA LIBERAL

Una sociedad liberal en la que se privilegia la libertad sobre cualquier otro valor funciona o mejor, debe funcionar, fundándose principalmente en el respeto y la confianza en la cooperación voluntaria de los individuos. Sin embargo, hemos dicho que la libertad no es ni puede llegar a ser un valor irrestricto; así, aunque un liberal confía en que la organización social se produzca de forma primordial a través de la cooperación

voluntaria de los hombres, reconoce también que, la cooperación por sí misma, no es suficiente para conseguir este tipo de ordenación y de ahí el papel fundamental de las instituciones<sup>50</sup>. Éstas crean un marco en el cual los hombres pueden cooperar voluntariamente, son el mecanismo mediante el cual la libertad de cada hombre es limitada para que no obstruya la libertad de los demás y para que dentro de este límite básico, pueda llevarse a cabo una coordinación de actividades humanas a través de la cooperación individual. En pocas palabras: las instituciones desarrollan un conjunto de incentivos y desincentivos que hacen posible la colaboración voluntaria de los individuos.

Pero, ¿qué se entiende exactamente por instituciones? Según la definición de NORTH “[l]as instituciones son las reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana”<sup>51</sup>. Aunque esta es una de las definiciones más ampliamente aceptadas, diferentes autores han presentado otras definiciones<sup>52</sup>.

Para la Nueva Economía Institucional, la aparición de las instituciones es consecuencia directa de la teoría de los costos de transacción<sup>53</sup>, por lo cual su función principal es la de “conducir los comportamientos individuales al logro de objetivos específicos, mediante una *estructura de incentivos* que, además de reducir la incertidumbre de los procesos de interacción humana, facilite los intercambios políticos y económicos, entre otros” (cursiva original)<sup>54</sup>. Ahora bien, los costos de transacción “consisten básicamente en los costos de usar el mecanismo de precios, es decir, el costo de descubrir a los socios comerciales, negociar contratos y supervisar el desempeño”<sup>55</sup>; tal y como se

explicó en la introducción, el descubrimiento de la existencia de los costos de transacción no sólo marcó una ruptura con la ciencia económica tradicional en la cual estos se ignoraban por completo, sino que justificó desde una perspectiva económica la aparición de las instituciones y por lo tanto, abrió camino para un estudio sistemático de la función y desempeño de las mismas en el funcionamiento de la economía.

Según la clasificación de NORTH, pueden identificarse dos tipos de reglas de juego ideadas por el hombre que buscan darle una estructura a su propia cooperación: instituciones formales e instituciones informales. “Las *reglas formales o intencionales* son creadas con un objetivo específico y en forma deliberada por una autoridad. Las limitaciones formales incluyen reglas políticas, judiciales, económicas y contratos. Las *reglas informales o espontáneas* surgen de los propios individuos sobre la base de su propio interés”<sup>56</sup>.

A pesar de que ambos tipos de instituciones son inmensamente relevantes, para el propósito específico de este documento debemos detenernos en las instituciones o reglas de juego formales, pues son estas las que tienen conexión evidente con la ciencia jurídica<sup>57</sup>. Para NORTH, las instituciones formales serían:

Las reglas formales [que] incluyen reglas políticas (y judiciales), reglas económicas y contratos. La jerarquía de tales reglas, desde constituciones, estatutos y leyes comunes hasta disposiciones especiales y finalmente contratos individuales, define las limitaciones que pueden fluctuar de reglas generales a especificaciones particulares. Típicamente las constituciones están ideadas para que resulte más costoso alterarlas que las leyes estatutarias, del mismo modo que es más

costoso alterar leyes estatutarias que contratanos individuales. Las normas políticas definen ampliamente la estructura jerárquica del gobierno, su estructura básica de decisión y las características explícitas del control de la agenda. Las reglas específicas definen derechos de propiedad, es decir, el conjunto de derechos sobre el uso y el ingreso que se deriva de la propiedad y la capacidad para enajenar el valor o un recurso. Los contratos contienen las disposiciones específicas de un acuerdo particular de intercambio. Debido a la fuerza inicial de la negociación de las partes de la decisión, la función de las normas es facilitar el intercambio político o económico. La actual estructura de derechos [...] define las oportunidades existentes de la maximización de los participantes, que pueden hacerse realidad formando intercambios políticos y económicos<sup>58</sup>.

De la lectura del párrafo anterior se colige que las instituciones formales de NORTH no son cosa distinta que lo que los juristas entendemos por ordenamiento jurídico. Si se considera entonces que el mercado funciona eficientemente siempre que este enmarcado dentro de un conjunto de normas jurídicas que eliminen costos de transacción, se entiende que los intercambios que ocurren en el mercado, finalmente, no son otra cosa que intercambios de derechos, precisamente por el marco institucional en que se realizan dichos intercambios<sup>59</sup>.

Puesto que la libertad, aunque limitada, es el valor fundamental para un liberal y dado que la cooperación de los individuos requiere la existencia de un marco institucional en que sean posibles los intercambios, se hace patente la necesidad de contar con un aparato que garantice el cumplimiento de dichas reglas. En palabras de GALLO:

Para un liberal clásico es bueno todo lo que posibilita una mayor extensión del ámbito de la interacción espontánea de los individuos. Es malo todo lo que interfiere con su libre desarrollo. Como, sin embargo, *ese orden espontáneo requiere la existencia de reglas mínimas de tolerancia recíproca*, se hace necesaria la presencia de un aparato de coerción limitado exclusivamente a hacerlas respetar (énfasis fuera del texto original)<sup>60</sup>.

Precisamente, esta es una de las funciones del Estado: éste no sólo provee la gran mayoría de instituciones formales, sino que es en sí mismo una institución, que tiene como una de sus funciones principales, garantizar el cumplimiento de las reglas de juego.

Surge entonces un interrogante de indispensable consideración en el pensamiento liberal: "En una sociedad cuyos participantes deseen alcanzar el grado de libertad más alto posible para elegir como individuos, como familias, como miembros de grupos voluntarios, como ciudadanos de un Estado organizado ¿qué papel se debe asignar al gobierno?"<sup>61</sup>, o en otros términos ¿qué significa el Estado para el hombre libre?

Para el hombre libre, el Estado es el conjunto de individuos que lo componen, no algo por encima de ellos. Está orgulloso de una herencia común y es leal a tradiciones comunes. Pero considera que el gobierno es un medio, un instrumento, no un proveedor de favores y regalos, ni un maestro o Dios que debe ser ciegamente venerado y servido [...]. No reconoce otro objetivo nacional excepto al que el se constituye por el consenso de los objetivos que los ciudadanos persiguen<sup>62</sup>.

Paradójicamente, el Estado es tanto la mayor garantía como una de las mayores amenazas de la libertad. Es garantía en el

sentido de que es un vehículo indispensable para el ejercicio de la libertad, puesto que evita que los hombres, sometidos sólo al arbitrio de sus propios deseos e impulsos, bajo una libertad irrestricta, se destruyan los unos a los otros. Es amenaza también, puesto que si se concentra demasiado poder en el Estado, se corre el riesgo de que se elimine la libertad, dado que, se reitera, la acumulación de poder es el mayor enemigo de éste valor<sup>63</sup>. De esta forma, definir qué funciones deben asignársele al Estado, es encontrar el balance entre otorgarle el suficiente poder para que efectivamente garantice la libertad de los individuos, pero limitarlo precisa y adecuadamente de manera que no la destruya.

Siglos atrás, ADAM SMITH definió sucintamente estas funciones así:

[...] el soberano tiene únicamente tres deberes que cumplir, los tres muy importantes, pero claros e inteligibles al intelecto humano: el primero, defender a la sociedad contra la violencia e invasión de otras sociedades independientes; el segundo, proteger en lo posible a cada uno de los miembros de la sociedad de la violencia y de la opresión de que pudiera ser víctima por parte de otros individuos de esa misma sociedad, estableciendo una recta administración de justicia; y el tercero, la de erigir y mantener ciertas obras y establecimientos públicos cuya erección y sostenimiento no pueden interesar a un individuo o a un pequeño número de ellos, porque las utilidades no compensan los gastos que pudiera haber hecho una persona o un grupo de éstas, aun cuando sean frecuentemente muy remuneradas para el gran cuerpo social<sup>64</sup>.

En resumen, según SMITH serían tres las funciones que le conciernen al Estado: 1. La defensa 2. La administración de justicia, 3.

La provisión y sostenimiento de bienes públicos, y la corrección de otras fallas del mercado<sup>65</sup> (por ejemplo, efectos de vecindad o externalidades<sup>66</sup> y monopolios técnicos o naturales<sup>67</sup>). En cuanto a la segunda función, cabe precisar que esta no sólo incluye la solución de disputas sino la creación de reglas de juego en forma de normas jurídicas<sup>68</sup>, que como vimos en los párrafos precedentes, constituyen el marco para el funcionamiento del mercado.

Asimismo, MILTON y ROSE FRIEDMAN llaman la atención sobre el peligro que existe al proponer la tercera de las funciones, aunque la consideran indispensable en el mantenimiento de una sociedad libre, afirman que tiene limitadas aplicaciones puesto que de lo contrario, podría justificarse a través de ella el desarrollo ilimitado del poder del Estado<sup>69</sup>. Añaden también una cuarta función a las ya enunciadas que consiste en proteger a los individuos que no pueden considerarse como responsables<sup>70</sup>.

Para los propósitos de este trabajo, es vital definir cuáles son las funciones que, dentro de la óptica liberal, corresponden al Estado, puesto que en apartados posteriores vemos cómo al excederse de estas limitadas funciones se ha producido, entre otros importantes resultados, una transformación en las formas de creación de valor. Es por ello que dentro de las funciones enunciadas nos interesan en particular la segunda y la tercera. Teniendo en cuenta este objetivo y para aproximarnos a una definición más concreta de las funciones referidas, es preciso hacer precisiones adicionales.

En el marco de la segunda tarea, el Estado debe encargarse de definir las reglas básicas de conducta que posibiliten la vida en sociedad. Pero, ¿qué tipo de características deben tener dichas normas?:

El Estado debe confinar su labor al establecimiento de reglas aplicables a situaciones de tipo general y debe permitir a los individuos libertad en todo lo que depende de circunstancias de tiempo y lugar, porque solo los individuos involucrados en cada instancia pueden conocer por completo estas circunstancias y adaptar sus acciones a las mismas. Reglas generales, reglas genuinas diferenciables de órdenes específicas, deben por tanto ser pensadas para operar en circunstancias que no pueden ser conocidas de antemano. Es en este sentido en que es posible para el legislador ser imparcial<sup>71</sup>.

Lo anterior es lo mismo que limitar el poder legislador del Estado al respeto del principio de legalidad o "rule of law"; significa reconocer que tanto el Estado como los individuos están sometidos a la superioridad de leyes fijadas con un procedimiento específico y anunciadas con anticipación, de manera que por medio de éstas sea posible predecir el curso de acción de uno y otros<sup>72</sup>.

En lo que concierne a la tercera de las funciones del Estado:

[s]e sostiene que hay bienes especiales que el mercado no puede producir eficientemente, bienes llamados "públicos" o bienes con "externalidades". Los bienes públicos se caracterizan por lo que en el lenguaje económico se denomina "no rivalidad y no exclusión". No rivalidad, porque el consumo de una persona no disminuye la cantidad disponible para otra, una vez que el bien ha sido producido. Y no exclusión porque no se puede impedir que alguien disfrute de ellos y no cuesta nada añadir una persona más [...] Los economistas han observado que los bienes públicos incentivan tanto la sobreexplotación como la elusión de su pago[...]<sup>73</sup>.

En consideración a este factor, se han justificado numerosas intervenciones del Esta-

do en la economía con el supuesto objetivo de solucionar estas y muchas otras aparentes "fallas del mercado". Y digo aparentes porque la Nueva Economía Institucional ha realizado un giro radical del análisis y ha hecho particular énfasis en las fallas institucionales más que en las denominadas "fallas de mercado". Así, algunos ahora consideran que las fallas del mercado son, en realidad, fallas en el marco institucional, en la forma en como se definen las distintas categorías de derechos y en general, problemas de costos de transacción<sup>74</sup>. Esta nueva corriente de pensamiento concluye que a pesar de que efectivamente existen "fallas de mercado", éstas no implican necesariamente la intervención estatal, pueden idearse soluciones de mercado<sup>75</sup>.

Este sucinto recuento de las funciones del Estado nos permite concluir que para el liberalismo clásico, el Estado debe limitarse a suministrar un marco en el cual la cooperación voluntaria y libre de los individuos sea posible<sup>76</sup>. Precisamente, son las instituciones formales e informales, las que conforman el marco referido<sup>77</sup>. Ambas desempeñan un papel fundamental en el buen funcionamiento de la competencia inherente a una economía de mercado. COASE y HAYEK se refieren a esta importancia en los siguientes términos:

Para que algo cercano a la competencia perfecta exista, un sistema intrincado de reglas y regulaciones normalmente es necesario<sup>78</sup>. El funcionamiento de la competencia no solo requiere de ciertas instituciones como el dinero, los mercados y los canales de información –algunos de los cuales nunca pueden ser adecuadamente proveídos por la empresa privada– sino que depende, por encima de todo, en la existencia de un apropiado sistema legal, un sistema legal diseñado para preservar la competencia y para

hacerla operar los más benéficamente posible [...] un sistema competitivo efectivo necesita reglas diseñadas con inteligencia y un marco legal que se ajuste constantemente<sup>79</sup>.

#### IV. LA FORMA PRIMORDIAL DE CREACIÓN DE VALOR EN UNA ECONOMÍA LIBERAL

Si las instituciones constituyen un marco para la cooperación voluntaria de los individuos y el Estado se limita, entre otras, a proveer dicho marco institucional sin intervenir directamente en el funcionamiento económico, entonces ¿cómo se crea valor en la configuración institucional referida? Sabemos ya que uno de los pilares del pensamiento liberal clásico es la confianza en los productos sociales espontáneos; como teoría sistémica, el liberalismo intenta descubrir y describir las reglas por las cuáles se rigen los órdenes que se configuran de esta forma<sup>80</sup>. Desde el punto de vista económico, el orden social espontáneo de mayor entidad es el mercado; bajo la configuración institucional a la que hemos hecho referencia, en la cual se da el más amplio margen a la colaboración voluntaria de los individuos, la forma primordial de creación de valor es el intercambio de voluntario de los hombres dentro del mercado.

Pero, entonces, ¿qué es exactamente el "mercado"? "El mercado es el conjunto de relaciones que mantienen los seres humanos entre sí y que se concretan en las transacciones que llevamos a cabo para satisfacer nuestras necesidades [...] no es un artefacto mecánico sino un complejo proceso social de descubrimiento y transmisión de información sobre oportunidades"<sup>81</sup>.

Uno de los principales rasgos del mercado como orden espontáneo es su com-

plejidad<sup>82</sup>. Esta característica se refiere a la imposibilidad que tiene la mente humana para comprender y abarcar la infinidad y diversidad de resultados que arroja el orden social y la multiplicidad de combinaciones posibles entre las actividades humanas.

Asimismo, "[a]doptando un término del profesor MICHAEL OAKESHOTT, podemos denominar a una sociedad libre como un orden social nomocrático (gobernado por la ley), en cuanto distinto de un orden social telocrático (gobernado por el propósito)"<sup>83</sup>. De esta forma, el orden social espontáneo carece de un fin o propósito único, es por esto que puede ser usado por todos, para la satisfacción de los intereses y objetivos de cada cual. El mercado u orden social espontáneo, facilita la cooperación armónica de los individuos y permite el surgimiento una sociedad extendida que es propia de la civilización humana; el orden se basa exclusivamente en la reciprocidad de beneficios, y por tanto, genera un tejido social más cohesionado y fuerte que cualquier tipo de organización planeada o preconcebida por alguien en particular. De esta forma, el mercado es un instrumento para la realización de los fines individuales, y por añadidura, es también un instrumento para la realización de los fines sociales.

Conforme lo describe HAYEK,

denominaremos a este orden espontáneo del mercado una *catalaxia*, guardando analogía con el término "cataláctica", que se ha propuesto a menudo como un sustituto del término "económico" (tanto "catalaxia" como "cataláctica" derivan del antiguo verbo griego *katallatein* que, significativamente, da el sentido no sólo de "traficar" y "cambiar" sino también de "admitir en la comunidad" y "convertir de enemigo en amigo")<sup>84</sup>.

Es la competencia de los distintos individuos y actores del mercado, lo que permite el movimiento de la "catalaxia"<sup>85</sup>. En la competencia juega un papel fundamental la especialización.

Pero ¿cómo llegamos a saber en qué bien o servicio o actividad debemos especializarnos? [...] El mercado nos revela el campo y el vigor de nuestras habilidades, y esa indicación está en relación con nuestra capacidad de servir a los demás. No somos nosotros los que decidimos a la vez qué vamos a hacer y cuánto vamos a cobrar. El mercado es un proceso de descubrimiento de nuestras capacidades y nuestros recursos, cuya existencia y detalles no son obvios desde el principio para nosotros o para los demás. Los vamos descubriendo. Y los ejercemos igual que ejercemos nuestros derechos, es decir, en equilibrio con los demás miembros de la sociedad. Y son ellos los que dictaminan nuestro éxito o fracaso, en la medida en que satisfacemos sus necesidades, no las nuestras<sup>86</sup>.

El sistema de precios es, por así decirlo, este sistema de información que permite a los individuos enterarse de cómo deben orientar sus acciones dentro del mercado para poder satisfacer sus propios intereses y necesidades; por medio del sistema, el conjunto de individuos que conforman el conglomerado social, "refleja sus apetencias y el grado de sus necesidades en los precios, que a su vez marcan el valor de lo que ofrecemos y demandamos"<sup>87</sup>.

Si se toma nota de las consideraciones anteriores, es forzoso concluir que la más común crítica al mercado libre, que consiste en afirmar que éste fomenta el egoísmo, es un completo absurdo. Un egoísta no tiene cabida en el mercado, puesto que la competencia, la especialización y el sistema de

precios ciertamente obligan a lo contrario: exigen que los individuos atiendan el querer colectivo que se expresa a través del sistema de precios; de esta manera, no es posible participar adecuadamente en el mercado sino se ofrece o se demanda algo que los demás quieren o tienen. Así,

[e]l mercado [...] no puede ser sino social; es social por definición<sup>88</sup>. Cuando se afirma que la "catalaxia" es posible puesto que el hombre se preocupa de sus propios intereses, no se hace referencia a que el hombre sea egoísta, sino más bien a que "debe ser libre para hacer uso completo de "sus" conocimientos y capacidad, que se le debe permitir tomar decisiones guiado por su preocupación sobre las cosas precisas que "él" conoce y por las que se preocupa, si se espera que haga una gran contribución a los propósitos comunes de la sociedad [...]"<sup>89</sup>.

De esta forma, "[e]l reto del creyente en la libertad es reconciliar esta amplia interdependencia con la libertad individual"<sup>90</sup>. Se entiende entonces por qué el problema básico a solucionar cuando se piensa en la organización social, es como coordinar los esfuerzos de millones de hombres. Pueden concebirse dos sistemas para cumplir con este propósito: el primero, basado en la coerción, es la planeación central, el segundo, fundamentado en la libertad, es el mercado. Dado que este último parte del supuesto de que los intercambios que se llevan a cabo entre agentes económicos son voluntarios y mutuamente beneficiosos, no se tiene que acudir a la fuerza (aunque como se ha visto se requieren elementos mínimos de autoridad o coerción) para coordinar la sociedad.

En el mundo real en donde los costos de transacción son mayores que cero, "[l]os mercados son instituciones que existen para

facilitar el intercambio, esto es, existen para reducir los costos de realizar actividades de intercambio<sup>91</sup>. Así como la libertad, también el mercado en su connotación de institución requiere de restricciones para desarrollar todo su potencial.

En una economía liberal, la forma esencial de creación de riqueza o valor es la interacción de los individuos en el referido mercado; es el conocimiento de que los intercambios en este gran escenario generan valor, lo que incentiva al individuo a buscar la satisfacción de sus necesidades a través del mismo. En este esquema, la forma de intervención del Estado en la creación de valor es simplemente indirecta a través de la instauración de mecanismos institucionales<sup>92</sup>, cuya función es garantizar el funcionamiento del mercado y la optimización de los recursos productivos.

## V. LA PROPIEDAD EN EL PENSAMIENTO LIBERAL

Ahora bien, “[l]a riqueza o el valor es creado por la cultura y por la sociedad, es la cultura la que hace un diamante valioso y una piedra insignificante. La propiedad, por otro lado, es una creación del derecho. Un hombre que tiene propiedad tiene ciertos derechos legales respecto de un objeto de valor; la propiedad representa una relación entre la riqueza y su ‘propietario’<sup>93</sup>. Así, mientras que el valor en una economía liberal surge de un proceso social, la propiedad es una relación jurídica.

En el estudio de la ciencia económica como teoría del valor, existe un obstáculo de difícil solución que impide una respuesta sencilla a la pregunta ¿de dónde y cómo surge la riqueza o el valor? Esta dificultad consiste en que en una economía de mer-

cado el valor es tanto el presupuesto, como el resultado del proceso social; sólo si existe valor los individuos tendrán un incentivo para orientar sus acciones hacia el mercado como proceso social, pero solamente en el curso del proceso social puede crearse valor<sup>94</sup>. Esto significaría que la explicación del surgimiento del valor en una economía de mercado, implicaría suponerlo<sup>95</sup>. Es por esto que ha de suponerse la propiedad privada para lograr explicar la creación de riqueza.

Pero ¿qué es exactamente la propiedad privada?, o incluso ¿qué es la propiedad? La propiedad es un conjunto de reglas mediante las cuales se pretende resolver el problema de la asignación<sup>96</sup> de recursos; “[e]ste es el problema de determinar pacíficamente y de forma razonablemente predecible quién debe tener acceso a cuáles recursos, para qué propósitos y cuándo<sup>97</sup>. Los recursos son los objetos materiales o inmateriales que tienen la facultad de satisfacer las necesidades humanas; el problema de la asignación de recursos surge a raíz de la escasez de dichos recursos en comparación a las demandas que los individuos hacen de los mismos<sup>98</sup>.

La propiedad privada es uno de los posibles sistemas de propiedad que pueden existir, es decir, es una de las variadas formas de resolver el problema de la asignación de recursos<sup>99</sup>. Definir el concepto de propiedad privada ha representado para los académicos un reto importante por varias razones. En primer lugar, la propiedad privada es un conjunto de derechos que varía de lugar en lugar y de época en época y porque esos derechos pueden ser separados y pueden funcionar independientemente. Segundo, porque las cosas que son susceptibles de ser objeto de propiedad privada

son variadas (pueden ser corporales o incorporales, por ejemplo). Tercero, porque el sujeto propietario puede tomar diversas formas, persona natural, persona jurídica, etc.

A pesar de estas dificultades, WALDRON propone la siguiente definición de propiedad privada:

En un sistema de propiedad privada, las reglas que gobiernan el acceso y el control de los recursos materiales están organizadas alrededor de la idea de que los recursos son por completo objetos separados, cada uno asignado y por lo tanto perteneciente a algún individuo en particular [...] En un sistema de propiedad privada, se establece una regla según la cual, en el caso de cada objeto, la persona cuyo nombre esta unido a ese objeto, debe determinar cómo debe usarse ese objeto y por quién. Su decisión debe ser respetada como final por la sociedad. Cuando algo como la idea de una correlación nombre/objeto es usada en este sentido como una base para resolver el problema de la asignación, podemos describir dicha correlación como expresión de la idea de propiedad o pertenencia<sup>100</sup>.

WALDRON también explica que aunque es posible llegar al anterior concepto de propiedad privada como sistema de derechos, las ilimitadas combinaciones existentes de tales derechos en los diferentes lugares y periodos de la historia, demuestran que existen diferentes concepciones de propiedad privada. De manera que aunque se elija el sistema de propiedad privada, aún se debe determinar qué conjunto de derechos van a integrarla<sup>101</sup>.

Sin embargo, dentro del conjunto de derechos que puede contener la propiedad privada, parece ser que la capacidad de enajenar el recurso objeto de propiedad,

tiene un vínculo más íntimo con el concepto de propiedad misma que por ejemplo, el derecho a heredar esos recursos. En palabras de WALDRON:

Mientras que la inclusión de poderes para enajenar e intercambiar libremente con uso exclusivo, es probablemente característico de la moderna concepción occidental de propiedad, puede haber concepciones distintas de propiedad que no tengan estas características. A pesar de que podemos tomar esa aproximación, sería equivocado no reconocer que el vínculo entre propiedad y enajenación es algo más apretado que la conexión que tiene la propiedad con la herencia o el legado.

En el proceso de justificación del sistema de la propiedad privada, existen dos líneas argumentativas separadas: por un lado están los argumentos utilitarios mediante los cuales se argumenta que la propiedad privada tiene ciertas ventajas en consideración de la eficiencia económica; los argumentos no utilitarios justifican la propiedad desde puntos de vista éticos, políticos, morales y filosóficos. Dentro de esta segunda línea argumentativa se encuentran los argumentos que sostienen que la propiedad privada es realmente un derecho. WALDRON hace un recuento extenso sobre ambas líneas argumentativas, pero en especial sobre la segunda<sup>102</sup>. A esos argumentos principales nos referimos a continuación de manera esquemática.

Desde el punto de vista del pensamiento liberal clásico el sistema general de propiedad privada es la piedra angular en el proceso de creación de valor en una economía de mercado. La propiedad privada constituye el incentivo principal para la cooperación voluntaria de los individuos.

HAYEK interpreta esta idea como producto del pensamiento individualista original:

La preocupación principal de los grandes pensadores individualistas fue en realidad encontrar un conjunto de instituciones mediante las cuales el hombre podría verse estimulado, por decisión propia y a partir de los motivos que determinan su conducta común, a contribuir en todo lo posible para satisfacer las necesidades de los demás. Descubrieron que el sistema de propiedad privada daba dichos estímulos [...] <sup>103</sup>.

Bajo la óptica del análisis económico del derecho <sup>104</sup>, los derechos de propiedad también se entienden como incentivos individuales;

Un asunto fundamental en el análisis económico del derecho de propiedad es la justificación de la existencia misma de los derechos de propiedad. Desde el punto de vista económico, se dice que estos derechos existen porque promueven incentivos para trabajar, para mantener y mejorar las cosas, para comerciar [...] Alguna literatura económica traza históricamente las instancias para el surgimiento de los derechos de propiedad (especialmente de tierras) y ciertos desarrollos recientes de derechos de propiedad (en el espectro electromagnético) a estas ventajas sociales. Los derechos de propiedad son vistos como beneficios debido a sus saludables efectos, no por una creencia intrínseca de que una persona debe poseer el fruto de su labor <sup>105</sup>.

Además de constituir un incentivo, la propiedad privada como institución cumple una amplia gama de tareas. En primer lugar, podría decirse que su función principal consiste en ser un vehículo para la protección de la libertad individual; así, la propiedad

delimita y separa la esfera privada de la esfera pública.

La propiedad dibuja un círculo alrededor de las actividades de cada individuo u organización. Dentro de ese círculo, el propietario tiene un grado mayor de libertad que sin él. Por fuera, debe justificar o explicar sus acciones. Adentro, él mismo y el Estado debe explicar y justificar cualquier interferencia [...] Así, la propiedad desempeña la función de mantener la independencia, dignidad y pluralismo en una sociedad mediante la creación de zonas dentro de las cuales la mayoría debe ceder ante el propietario <sup>106</sup>.

De esta forma, aunque efectivamente los derechos constitucionales confieren al individuo una protección indispensable y extraordinaria frente a la intervención e interferencia del Estado y los demás individuos en sus asuntos, el mérito de la institución de la propiedad es que otorga una protección permanente y "cotidiana" de la libertad individual.

Asimismo, desde un punto de vista político, la propiedad privada desempeña un rol fundamental en el mantenimiento de la cultura democrática; su sola existencia genera múltiples centros de poder que son capaces de desafiar y contener el poder del Estado <sup>107</sup>; en otros términos, conociendo que la concentración de poder es el enemigo principal de la libertad, la propiedad privada permite dispersar el poder económico y, por tanto, el poder político y así mantener el balance indispensable para la preservación de la libertad. De manera que "[s]in propiedad privada, no pueden existir centros de poder rivales, efectivos y durables, que mantengan reprimido al estado" <sup>108</sup>.

En la medida en que protege la libertad,

la propiedad privada garantiza a los individuos una esfera de decisión individual (dominio individual protegido) para elegir cuáles son los propósitos que perseguirán y por qué medios lo harán. La propiedad facilita así la búsqueda del interés personal, que es en últimas lo que permite el surgimiento de la sociedad como orden espontáneo, y por tanto, la colaboración voluntaria de los individuos, y los ventajosos efectos involuntarios que ya hemos referenciado<sup>109</sup>. "El liberalismo es, entonces, inseparable de la institución de la propiedad privada, que es el nombre que usualmente damos a la parte material de este dominio individual protegido"<sup>110</sup>.

Como hemos visto, la definición de un preciso marco legal, permite y facilita la cooperación voluntaria de los individuos, el funcionamiento del mercado y de la competencia, a la vez que limita la acción del Estado. Evidentemente, una clara definición de los derechos de propiedad es parte vital en el diseño del cuadro institucional referido. FRIEDMAN destaca esta importancia en los siguientes términos:

Una [...] área básica de la economía en la que la respuesta es tanto complicada como importante es la definición de los derechos de propiedad. La noción de propiedad, como ha sido desarrollada a través de siglos y como esta plasmada en nuestros códigos legales, se ha convertido en algo tan nuestro que solemos darla por sentada y fallamos en reconocer la extensión de lo que constituye propiedad y qué derechos la propiedad otorga<sup>111</sup>.

Así, la coordinación de las acciones individuales a través del mercado supone que se ha creado previamente como parte de un completo marco legal, una definición del

significado y alcance de los derechos de propiedad.

## VI. CÓDIGO CIVIL Y PENSAMIENTO LIBERAL

La definición de los derechos de propiedad ha correspondido tradicionalmente al ámbito de derecho privado. Aunque la propiedad es un concepto casi tan antiguo como el hombre mismo, las codificaciones del siglo XIX, inspiradas en el pensamiento racionalista propio de la Ilustración, constituyeron el primer esfuerzo sistemático por dotar a este concepto de un contenido específico. DUCUIT afirma que es "indiscutible que en las sociedades de cultura americano-europea, el Código de Napoleón [...] señala [...] el término de una larga evolución en el orden jurídico, el coronamiento de una construcción jurídica [...]"<sup>112</sup>.

Este primer esfuerzo codificador fue un claro producto de su época:

El Código de Napoleón, de 1804, que ha ejercido enorme influencia en Europa y en todos de los países latinoamericanos –Colombia entre ellos–, fue forjado en el clima racionalista y ultraindividualista de la Enciclopedia y de la Revolución<sup>113</sup> [...] Semejante clima filosófico-político lógicamente tenía que propiciar el máximo auge alcanzado por la autonomía de la voluntad en la historia del derecho occidental. En efecto, los autores del Código de Napoleón, sus intérpretes e imitadores extranjeros pusieron especial empeño en garantizar hasta donde les fue posible la libertad en las transacciones particulares y, en general en todos los actos jurídicos de contenido patrimonial, respecto de los cuales las normas jurídicas deberían desempeñar un papel meramente pasivo: deberían limitarse a verificar la exis-

tencia de tales actos, a interpretar la voluntad de los agentes cuando fuera oscura o dudosa, y a sancionar coercitivamente su cumplimiento<sup>114</sup>.

Estas primeras codificaciones y particularmente el Código de Napoleón, en las que se resumía todo el universo del derecho privado de la época, guardaban un denominador común: la adopción y respeto de una serie de principios de raigambre claramente liberal. En esta medida, los primeros Códigos Civiles eran y aún son, en gran medida, reflejo del pensamiento liberal que hemos descrito. Veremos ahora esta conexión.

El Código Civil<sup>115</sup> se construye y fundamenta alrededor de tres ideas: la idea de individuo, la idea de libertad y la idea de propiedad privada; todas estas clarísimas expresiones del pensamiento liberal clásico. En primer lugar, las normas de este cuerpo normativo "[...] integran un "supuesto institucional" del Derecho civil: la *esfera de poder de la persona*"<sup>116</sup> (cursiva original); en esta medida el Código tiene un eje claramente individualista pues se centra en definir el alcance del poder de la persona humana en sus relaciones sociales con otros; esto se evidencia en su misma estructura: en el Libro Primero define las reglas que reconocen al individuo como sujeto de derecho, luego, el en Libro Segundo define los bienes que pueden ser objeto del poder jurídico del individuo; el Libro Tercero se encarga de definir el alcance de la persona humana incluso después su muerte, mientras que el Libro Cuarto define las relaciones jurídicas del individuo con sus semejantes. De esta forma, las normas civiles<sup>117</sup> al igual que el pensamiento liberal clásico, convergen en una idea medular: la consideración del individuo como pilar de la sociedad.

Como corolario de lo anterior, el Código se edifica también alrededor de la idea de libertad que tiene la expresión más clara en el postulado de la autonomía de la voluntad privada, principio que irradia todo el sistema de derecho privado. La libertad del individuo encuentra en la manifestación de la voluntad individual<sup>118</sup>, uno de sus más importantes desarrollos; ésta incluso, se constituye como una fuente de efectos jurídicos. Duguit explica como la autonomía de la voluntad es parte integrante de la libertad:

La autonomía de la voluntad es, [...] un elemento de la libertad en general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido [...]<sup>119</sup>.

Así, los particulares son dotados de la capacidad jurídica de regular sus relaciones y determinar su alcance según su conveniencia, siendo el orden público básicamente el único límite de su accionar. La subordinación de la voluntad de los individuos al orden público es una de las manifestaciones jurídicas de la libertad como valor restricto; la gran mayoría de las normas que integran el Código Civil son así de carácter supletivo, es decir, entran solamente a tener plenos efectos en caso de que la voluntad individual no se haya manifestado y por tanto, pueden las partes pactar en contrario e inobservar dichas normas; las pocas normas de carácter imperativo están diseñadas en principio para garantizar el tráfico y la seguridad jurídicas necesarias para que la efectividad de cual-

quier ordenamiento legal y el buen funcionamiento del mercado<sup>120</sup>.

Es de tal entidad la capacidad creadora de efectos jurídicos de la voluntad individual, que uno de los requisitos para el nacimiento del negocio jurídico es el consentimiento libre de las partes<sup>121</sup>; esto supone la aceptación de que es solamente el individuo quien accede a las intervenciones dentro de su esfera privada y que es él quien en principio puede obligarse con alguien más. De esto se sigue que el consentimiento es "(e)l instrumento contractual, por el que las partes, actuando en su propio interés, fijan el punto de encuentro de intereses opuestos [...] o concurrentes [...], representa el medio más adecuado para obtener el ideal de la colaboración voluntaria"<sup>122</sup>. Es evidente entonces que la colaboración voluntaria de los individuos como pilar de la organización social liberal, encuentra su desarrollo jurídico en la autonomía de la voluntad y el consentimiento de los individuos como requisito del negocio jurídico.

Asimismo, el consentimiento de las partes es una de las herramientas de interpretación más importantes al momento de desentrañar y aclarar el alcance y los efectos de un acto jurídico. Conforme al artículo 1618 del Código Civil colombiano, "[...] inicialmente la interpretación debe dirigirse a desentrañar la "intención de los contratantes" [...] generándose así la denominada interpretación *subjetiva*: la que trata de indagar tanto la voluntad de cualquiera de las partes, como la intención común de ambas"<sup>123</sup>.

La importancia central de individuo y su voluntad como máxima expresión jurídica de su libertad, se manifiestan también en el principal efecto de los negocios jurídicos: su normatividad, la cual puede resumirse en

la conocida expresión "el contrato es ley para las partes"<sup>124</sup>. Es indiscutible que la libertad del individuo, el valor fundamental del pensamiento liberal clásico, tiene en el mundo del derecho el efecto capital de producir efectos jurídicos que limitan su misma autonomía<sup>125</sup>, es así como

[...] las manifestaciones de la voluntad de los particulares pasan a convertirse en verdaderas normas jurídicas, dotados de los atributos propios de estas, entre ellos de la obligatoriedad, en cuya virtud las partes quedan ligadas por sus propios actos, como lo estarían si las prestaciones que estipulan libremente fueran impuestos por el propio legislador<sup>126</sup>.

Adicionalmente, según las normas civiles, uno de los atributos del hombre en su calidad de sujeto del derecho, es el patrimonio. DE COSSIO lo explica así: "La personalidad no es otra cosa que la capacidad que a un ser se atribuye para ser sujeto de derechos y obligaciones [...] Pero no es solamente este derecho genérico a ser reconocido como persona el que corresponde a todo hombre, sino que, además, merecen protección jurídica todos aquellos bienes que constituyen la base de su integridad, libertad y desenvolvimiento dentro de la sociedad [...]"<sup>127</sup>. Conforme a lo anterior, es característico de la persona en su entidad jurídica, la capacidad y el derecho de ser propietario.

Ahora es preciso abordar el concepto clásico de propiedad en el derecho civil y su correspondencia con la propiedad liberal.

Tal y como ya hemos dicho, históricamente, el derecho de propiedad privada no ha tenido un contenido jurídico unívoco<sup>128</sup>. GALBRAITH explica los inicios del concepto en los siguientes términos.

La institución de la propiedad privada se remonta a la prehistoria; en las más primitivas comunidades tribales, los varones proclamaban como cosa propia armas, herramientas y mujeres. La propiedad personal está aceptada en todas las sociedades, incluido el mundo socialista; las posesiones son en todas partes un aspecto de la misma personalidad. Pero fue el Derecho romano el que otorgó a la propiedad su identidad formal y a su poseedor el *dominium*, es decir, los derechos que hoy se dan por supuestos. Estos derechos eran sumamente amplios, abarcaban no sólo el uso y el disfrute, sino el mal uso y el abuso. A partir de entonces, toda intromisión ajena, incluida la del Estado, no podría legitimarse sin alegar alguna justificación<sup>129</sup>.

En el Medioevo se impuso un concepto tripartito de propiedad, en la que se distinguían tres atributos: disposición, uso y goce; esta noción respondía a las exigencias del Estado Corporativo y no se puso en duda hasta su colapso provocado por la Revolución Francesa.

En 1789 se proclamó en Francia la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano como visión burguesa del futuro. La burguesía, que ambicionaba su encumbramiento social, el poder económico y el control del poder político, hubiera estado mal aconsejada de no haber incorporado la propiedad en su programa, cosa que ocurría en el [...] art. 17 [...] Los términos inviolable y sagrado referidos a la propiedad, construyen el núcleo ideológico de este nuevo concepto [...] convirtiéndose en pieza esencial del credo jurídico burgués<sup>130</sup>.

Esta noción de propiedad es la que finalmente queda plasmada en las codificaciones del XIX; una concepción según la cual propiedad es una de las características bá-

sicas de la libertad, una expresión material de la misma; “[1]a afirmación máxima del derecho de propiedad se encuentra, como lógicamente debía suceder, en el Código de Napoleón. Su artículo 544 da la definición [...] Dice así el precepto: “*la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*”<sup>131</sup> (cursiva fuera del texto).

Esta definición pasó al artículo 669 del Código Civil colombiano así: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella no siendo contra ley o contra derecho ajeno [...]”<sup>132</sup>.

Lo primero que hay que notar es que nuestra legislación civil, para resolver el problema de la asignación de recursos, elige el sistema de la propiedad privada, sistema que, como se ha dicho, constituye uno de los pilares del pensamiento liberal clásico. Como el mismo artículo lo indica, la propiedad es en el sistema jurídico colombiano, un derecho real. Sobre esta condición, la doctrina ha dicho:

Los derechos reales [...], son [...] absolutos, y tienen [...] contenido patrimonial. De su carácter absoluto proviene [...] que se dirigen hacia la universalidad de los asociados, imponiendo a todos los particulares un comportamiento pasivo de abstención. En cuanto a su contenido patrimonial, [...] se manifiesta en la facultad de goce y en la facultad de disposición. Con la primera se disfruta del valor de uso de la cosa (goce de los frutos y uso directo de la cosa); con la segunda de su valor de cambio. Las dos antedichas categorías de facultades pueden concurrir formando el derecho más absoluto sobre las cosas, o sea, el derecho de propiedad, que, desde el punto de vista de su contenido, es el mayor de los derechos reales [...]”<sup>133</sup>

En este orden de ideas, es claro que el derecho de propiedad, que ata una cosa a un individuo, comprende en nuestro Ordenamiento la facultad de disponer o enajenar, lo que a todas luces constituye un reconocimiento al valor que adquiere la propiedad privada mediante el intercambio en el mercado. En el apartado anterior mencionamos como, a pesar que dentro del conjunto de derechos que comprende la propiedad privada no se encuentra necesariamente la enajenación, esta si tiene un vínculo especial con el concepto referido; sin embargo, al incorporar este derecho dentro de la noción de propiedad o dominio, el legislador en últimas esta aceptando que los problemas de asignación de recursos se resolverán por el intercambio que los individuos llevan a cabo en el mercado, a través de la transferencia de dominio que es posible gracias a la facultad de disponer que incorpora nuestra concepción de propiedad privada. No es necesario ahondar en lo profundamente liberal que es esta concepción.

Como derecho real, el derecho de propiedad tiene otra característica: es absoluto y lo es en una triple connotación: en relación con el poder público, en relación con los demás y el relación a su duración:

Absoluto con relación al poder público, que únicamente puede realizar algunas restricciones por interés de policía, pero que no puede tocar en él más que habiendo pagado una justa y previa indemnización. Es absoluto en sus efectos con relación a los demás individuos [por cuanto puede oponerse a los demás en caso de que estos tengan pretensiones de inferior derecho frente a una misma cosa] [...] El derecho de propiedad es, además, absoluto en su duración; y sobre este carácter es que se funda el derecho a testar; ya que el propietario titular

de un derecho absoluto tiene lógicamente el poder de disponer de sus bienes durante su vida y después<sup>134</sup>.

Nótese la íntima correspondencia que existe entre el pensamiento liberal que se ha descrito, particularmente en cuanto a su contenido valorativo y la función de la propiedad privada, y los principios e instituciones jurídicas que hemos descrito.

Considerando la relación derecho economía desde el punto de vista liberal, relación a la que hemos hecho ya mención, es indiscutible que las instituciones jurídicas que hemos descrito son motores que promueven los valores liberales dentro de nuestra sociedad. En términos más abstractos, son diseños institucionales determinados que entrañan y, por lo tanto, promueven, una serie de valores interrelacionados<sup>135</sup>.

Puesto que hemos visto también que la relación entre instituciones jurídicas y mercado, entre derecho y economía, es de doble vía, y que ciertas normas pueden desatar transformaciones económicas, así como que los fenómenos económicos pueden generar presión para que se produzca un marco legal en el cual se desarrollen, debemos forzosamente concluir que, idealmente, instituciones jurídicas e instituciones económicas deben responder al mismo conjunto de valores, máxime si se considera que tanto el pensamiento jurídico como el pensamiento económico son formas de pensamiento normativo. En definitiva, a la postre ambas son formas de pensar cómo debe organizarse la sociedad.

Independientemente de qué conjunto de valores se escojan para orientar la vida en sociedad<sup>136</sup>, si se considera que economía y derecho son herramientas para la transmisión y efectividad de esos valores es forzoso concluir que ambas deben ser con-

sistentes entre sí y serlo también con el conjunto de valores elegido<sup>137</sup>. En caso de que exista una incongruencia entre las dos formas de conocimiento tal y como son aplicadas dentro de una sociedad, bien sea porque cada uno responde a un conjunto de valores diferente, bien sea porque en alguno no se reflejan los valores elegidos, en última instancia ninguna configuración axiológica logrará penetrar verdaderamente la estructuras sociales. Entonces debemos preguntarnos: ¿existe en la actualidad esta correspondencia? La respuesta a esta pregunta, como se verá a continuación, es negativa.

## VII. EL ESTADO CONTEMPORÁNEO

Sin lugar a dudas, desde el siglo XIX, siglo en que dominaba el pensamiento liberal clásico, el mundo se ha transformado de manera radical; los desarrollos históricos han mostrado al hombre nuevos diseños institucionales, nuevas teorías económicas, nuevas formas posibles de ordenar la sociedad humana. Para el propósito de este documento, de todas estas transformaciones, debemos detenernos en aquella que se produjo en las primeras décadas del siglo XX y que consistió en un cambio drástico y duradero en el papel del Estado: se trata de la transformación de Estado liberal a Estado bienestar, o desde el punto de vista jurídico, de Estado de derecho a Estado social de derecho.

En 1929, llegó a Estados Unidos una cruda depresión económica. Sus efectos catastróficos se sintieron en el mundo entero; la producción bajó, el desempleo subió, la confianza del público en sus instituciones se destruyó, la miseria y la pobreza llegaron hasta los más remotos

confines del planeta. En este contexto, y como respuesta a la Gran Depresión, surgió en Estados Unidos lo que luego se denominaría Estado bienestar o intervencionista<sup>138</sup>, que no es otra cosa que un nuevo diseño institucional en el cual el Estado asume un papel activo y central en la actividad económica.

La Gran Depresión constituía un fenómeno económico desconocido hasta ese momento histórico y para el cual los economistas clásicos no encontraban explicación y mucho menos solución. Esta grave situación generó el clima propicio para buscar y elaborar sobre nuevas soluciones y alternativas, diferentes a las que el pensamiento liberal clásico ofrecía. Entre las diferentes alternativas que surgieron, se destaca con notoriedad la propuesta por JOHN MAYNARD KEYNES, economista británico, cuyas ideas ahora se conocen como economía keynesiana. Su pensamiento, tuvo un gran impacto en el pensamiento económico moderno<sup>139</sup>, en las teorías políticas y en las políticas fiscales. Su postulado básico consistía en afirmar que las dinámicas inherentes a una economía de mercado ocasionaban problemas que conducían potencialmente a crisis económicas serias y que el mercado no era capaz de solucionar por sí mismo. La intervención del Estado era indispensable para suavizar los ciclos económicos<sup>140</sup>.

En ese escenario, reitero, se produjo la transformación del Estado "mínimo" liberal a lo que podríamos llamar el Estado "máximo" del bienestar, transformación que, no sobra anotar, se llevó varios años. El alto poder de intervención de este nuevo Estado en un principio se sustentaba en la supuesta ineficiencia del mercado; se pensaba entonces, y aún se piensa en algunos círculos

los, que el Estado podía asignar más eficientemente los recursos por medio de un grado mayor de planeación de la actividad económica en una sociedad y que para cumplir con este cometido, debía contar con un amplísimo espectro de regulación<sup>141</sup>.

Fue así como el Estado creció en tal proporción que en la actualidad es difícil encontrar un área de la vida humana en que el Estado no desempeñe un rol fundamental, o por lo menos intervenga de forma tangencial<sup>142</sup>. Sería virtualmente imposible elaborar una lista exhaustiva de todas las funciones que cumple el Estado actual; por simple ilustración, menciono algunas de las áreas en que interviene: protección a los trabajadores, protección a los consumidores, seguridad social, escuelas públicas y control de precios.

El Estado bienestar tiene en el Estado social de derecho su equivalente en el mundo jurídico. La base en que se sustenta el Estado social de derecho es la Constitución, en la que se consagran derechos no sólo individuales, sino también colectivos, además de los valores máximos de todo el ordenamiento jurídico. En su diseño institucional, se hace evidente la concepción, ahora bastante generalizada, de que no existe libertad sin dignidad, entendida esta como la satisfacción de las necesidades básicas.

El Estado social de derecho que acompaña al Estado bienestar es, en lo que ha evolución histórica del diseño institucional del Estado se refiere, el paso siguiente al Estado de derecho. Este contraste es explicado por REICH:

[...] una respuesta histórica a lo denominado por ROUSSEAU como: "el mayor problema de la política, que comparo a la cuadratura del círculo en geometría, hallar una forma de

gobierno que coloque a la ley por encima de los hombres [...] El concepto de Estado social de derecho, por el contrario, toma la justicia distributiva como punto de partida [...] El contraste entre uno y otro punto de vista no es técnico sino político. El primero presupone que ciertas libertades son indispensables para que funcione bien una sociedad basada en la economía de mercado, premisa que aun KARL MARX suscribía. Se trata de evitar la opresión arbitraria de los individuos por el Estado. La noción de Estado social de derecho acepta esta premisa, pero incorpora la defensa de libertades que, siendo consustanciales de la felicidad humana, no surgen espontáneamente en una economía de mercado, como la emancipación de la ignorancia, de la enfermedad y de la pobreza [...] Y es una responsabilidad pública velar por el acceso de todos a la educación, la salud y la satisfacción de las necesidades básicas<sup>143</sup>.

En la primera línea del artículo 1.º de la Constitución Política de 1991 se hace ostensible que Colombia es un Estado social de derecho. Las principales consecuencias de esta configuración estatal han sido precisadas por la Corte Constitucional de Colombia, que en sentencia de constitucionalidad C-566 de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, definió Estado social de derecho en los siguientes términos:

El presupuesto en el que se funda el Estado social de derecho, es el de la íntima interconexión que se da entre la esfera estatal y la social. La sociedad no se presenta más como una entidad absolutamente independiente y autoregulada, dotada de un orden inmanente ajeno a toda regulación estatal que no fuera puramente adaptativa y promulgada en momentos de crisis. La experiencia histórica ha demostrado la necesidad de que el Estado tenga una decidida presencia existencial y regulativa en las dimensio-

nes más importantes de la vida social y económica, con el objeto de corregir sus disfuncionalidades y racionalizar su actividad, lo que llevado a la práctica ha contribuido a difuminar-hasta cierto punto-las fronteras entre lo estatal y lo social, reemplazándolas por una constante, fluida e interactiva relación entre lo público y lo privado.

El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social [...] la seguridad social, el establecimiento de mínimos salariales, los apoyos en materia laboral, educativa y de salud pública, entre otros institutos propios del Estado social de derecho, deben entenderse como fines sociales de la acción pública que se ofrecen a los individuos para que éstos puedan contar con un capacidad real de autodeterminación. Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades.

La función distributiva de determinados bienes y servicios culturales y materiales por parte del Estado, se apoya fundamentalmente en el ejercicio de la potestad tributaria y tiene, por ende, un límite en la capacidad de exacción del sistema fiscal, el cual a su turno depende del nivel y del crecimiento de la economía. No es, pues, ilimitado, el poder del Estado social de derecho de captar ingresos y convertirlos en recursos fiscales. La necesaria distribución del producto social, no puede traducirse en la destrucción del proceso económico, cuya dirección de otra parte se confía al mismo Estado.

Para esta misma Corporación, este diseño institucional faculta al Estado para, tal y como lo hemos dicho, asumir un papel preponderante en la actividad económica. Así lo expreso en la sentencia de constitucionalidad C-040 de 1993, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN:

La Constitución de 1991, norma de normas en nuestro sistema jurídico instituye el Estado social de derecho y hace suyo el valor de la solidaridad. Esta nueva forma de Estado, elevada a principio rector del comportamiento del poder público colombiano tiene como característica esencial en el plano económico la de legitimarlo para intervenir en las relaciones privadas de producción, a través de una política fundada en el principio de solidaridad y en el papel redistributivo del Estado.

Dentro de este contexto y acompañada del principio de solidaridad, la libertad económica se entiende, no como el "dejar hacer dejar pasar", propio del Estado liberal clásico, sino como la promoción de las condiciones sociales y económicas básicas para el desarrollo autónomo de la persona [...]

Es bajo esta nueva concepción que se legitiman importantes instrumentos de intervención, tanto para la búsqueda de eficacia como de equidad. El papel del mercado como instrumento de asignación de recursos se concilia con el papel económico, político y social del Estado redistribuidor de recursos. Si damos, como lo quiere la Carta, valor jurídico a los principios constitucionales, no puede ser otra la interpretación del Estado colombiano actual. En este sentido, la tarea de los poderes públicos es la de generar una sociedad más justa y solidaria.

Como es evidente, la transformación a la que venimos haciendo referencia se produ-

ce en todos los niveles. En primer lugar, tal como lo explicamos, por la confusión existente entre las condiciones para un efectivo ejercicio de la libertad y la libertad misma, se impone la idea de que no puede existir la segunda sin garantizar lo primero; así, el énfasis vira hacia la consecución de la igualdad y la justicia sociales, más que hacia la libertad o a considerar estos valores como sus presupuestos. En segundo término, por la enorme intervención estatal que implica el Estado social de derecho como configuración estatal, se han excedido las funciones que el pensamiento liberal clásico asignaba al Estado y a las cuales ya hemos hecho mención. Y, en tercer lugar, y esta es la transformación a la que se hará referencia en los apartados siguientes, por la intervención estatal en ámbitos que tradicionalmente pertenecían a la órbita del mercado, se ha producido una transformación en las formas de creación de valor.

Evitando asumir una posición demasiado maniquea del asunto, es preciso reconocer que el Estado de bienestar y el Estado social de derecho han tenido tanto conocidos aciertos como conocidos desaciertos. Es así como deben rescatarse numerosos logros, por mencionar solo algunos: la consagración expresa en el más alto grado del ordenamiento jurídico de derechos fundamentales de los individuos y de la colectividad, la estricta separación de poderes, el acercamiento del Estado al ciudadano, la participación de este en las decisiones que conciernen a todos, el reconocimiento de la importancia de las condiciones materiales necesarias para el ejercicio de la libertad, y sobre todo, la existencia de una Constitución, del más alto grado de jerarquía legal, como carta de navegación para los individuos e incluso, para el Estado. Por otra parte, en los años que

se siguieron a esta transformación, existió también un crecimiento notable en el bienestar de la sociedad en general; sin embargo, existe un debate acerca de si dicha prosperidad es directamente atribuible al modelo económico keynesiano, o tiene otras causas que no han sido consideradas con detenimiento<sup>144</sup>. No obstante es indudable que el bienestar individual de los menos favorecidos aumentó gracias a la ayuda del Estado en sus diversas manifestaciones, sin embargo, como se verá, este efecto es insostenible y es causa de muchos de los inconvenientes que enfrentan los Estados en el siglo XXI.

Detengamos ahora en los efectos negativos que se han producido a causa de las políticas seguidas por el Estado bienestar. Desde el punto de vista del funcionamiento del mercado, la creciente intervención del Estado en la economía ha tenido como importante consecuencia la distorsión del funcionamiento del sistema de precios. El Estado social de derecho, en aras de la justicia distributiva, ha reemplazado en muchos de sus espacios al sistema de precios en una de sus principales funciones: la distribución de la renta. Los defensores de este tipo de Estado argumentan que en si esta función se encuentra en manos del Estado, la distribución podría ser más equitativa. Desconocen, sin embargo, que esta función del sistema de precios está íntimamente ligada con las demás funciones que este sistema cumple, que consisten básicamente en transmitir información y en proporcionar incentivos. Esta interdependencia entre las distintas funciones que cumple el sistema de precios implica que interferencias inadecuadas en una de las funciones, necesariamente alteran el cabal cumplimiento de las demás<sup>145</sup>.

Sucede entonces que aunque tanto liberales clásicos como keynesianos coinciden en que el funcionamiento del mercado tiene defectos varios, en que la mano invisible adolece de limitaciones y no siempre arroja los mejores resultados en materia de distribución de la riqueza, difieren en las soluciones que se proponen para los mencionados inconvenientes; para keynesianos y socialistas, la respuesta es siempre la intervención del Estado<sup>146</sup>, y en opinión de los liberales, este remedio incluso puede empeorar la enfermedad<sup>147</sup>.

Por otro lado, la mayoría de los efectos nocivos que se causaron a raíz de la política keynesiana se produjeron por la asimetría político-económica que entrañaban las medidas que ésta proponía; es decir, medidas que eran completamente adecuadas desde el punto de vista económico, eran desde el punto de vista político, completamente inconvenientes. GALBRAITH explica este fenómeno así: "La deflación y el desempleo exigían un mayor gasto público y menores impuestos, o sea, medidas políticamente gratas. Pero, en cambio, la inflación de los precios requería una disminución en el gasto público y una elevación de los impuestos, cuya aplicación estaba lejos de ser agradable desde el punto de vista político"<sup>148</sup>. La asimetría descrita explica porque al Estado le es tan difícil reducir, revocar o suprimir los gastos excesivos en un intento de desviarlos nuevamente al mercado; esto implicaría claro, una pérdida enorme de legitimidad<sup>149</sup>.

Consecuencia directa de lo anterior es la imposible sostenibilidad fiscal que el sistema entraña; la intervención creciente del Estado en las diversas áreas que hemos mencionado, necesariamente ha conducido a un aumento insospechado del gasto público: "[l]os gastos oficiales en consumo e

inversión, así como los grandes pagos de transferencia que reflejan todos los programas sociales—desde salud hasta desempleo— así como, cada vez más el servicio de la deuda, constituyen gran parte del panorama del gobierno grande"<sup>150</sup>; y sin embargo, por la asimetría que hemos descrito, el gasto público creciente no ha sido acompañado de un crecimiento correlativo de los ingresos del Estado<sup>151</sup>. De esto se sigue que a pesar de sus bondades, en realidad el Estado social de derecho hipoteca de manera dramática a las generaciones futuras.

Desde el punto de vista jurídico, el Estado bienestar o social de derecho ha provocado un fenómeno de inflación legislativa; la expansiva intervención del Estado se expresa en el uso del instrumental normativo con el que cuenta para intentar regular casi todos los ámbitos de la actividad humana. Faria comenta cómo este fenómeno ha sido llamado por los teóricos del derecho "inflación legislativa", "sobrejuridificación" o "trilema regularizador". Explica los efectos de este fenómeno de la siguiente manera:

[...] se verifica [...] una progresiva ineficacia política, administrativa, normativa, operacional y hasta organizadora o intervencionista del Estado keynesiano. Su prolífica pero errática producción legislativa, que aumenta de un modo cada vez más desordenado y desarticulado en el número de materias, actividades y comportamientos regulados por textos legales, da como resultado una ruptura en la organización, en la unidad lógica y en la racionalidad sistémica del ordenamiento jurídico y, como consecuencia, la pérdida de la propia capacidad de predeterminación de las decisiones concretas por medio del derecho positivo [...]. Y por más que edite textos legales para coordinar, producir, inducir, controlar, disciplinar y planear el comportamien-

to de los grandes gentes productivos —en el ámbito de las finanzas, el trabajo, de la industria y del comercio—, ese instrumental normativo propio ya no logra más “penetrar” de un modo directo, inmediato, pleno y absoluto en la esencia del sistema socioeconómico<sup>152</sup>.

La desvalorización del derecho positivo que se produce como consecuencia del fenómeno de la inflación legislativa, y su correlativa incapacidad de cumplir con su función reguladora, es, desde el punto de vista político, causa de una pérdida de gobernabilidad del Estado<sup>153</sup>. La situación resulta paradójica: entre más el Estado pretende abarcar con su regulación las distintas áreas de la actividad individual y social, menos eficaces son sus normas y, por lo tanto, menos resultados obtiene.

Los resultados positivos y negativos que hemos descrito hasta ahora son innegables para quien quiera que analice con detenimiento el tema, y ambos deben tomarse en cuanto al considerar los retos que enfrenta este tipo de Estado ante la tendencia económica y política que desde finales del siglo XX domina en gran cantidad de países en el mundo: la globalización. Así:

El final del siglo XX nos lleva de nuevo donde estábamos hace un siglo: una confianza enorme en la tecnología, un mundo de oportunidades y retos en expansión y un sistema económico liberal [...] ahora la economía del mundo se halla en un osado rumbo nuevo que nos trae de vuelta a nuestro punto de partida, el individualismo y el liberalismo económico, la competencia y la oportunidad<sup>154</sup>.

De este modo, desde el punto de vista económico, la globalización implica un retorno

al mercado libre y, sin embargo, tal vez por el costo en términos de legitimidad que implica para el Estado replegarse de las actividades que había usurpado al mercado, en Estado social de derecho y su copioso instrumental normativo no han retrocedido<sup>155</sup>. De manera que aunque estamos ante esta nueva y fuerte tendencia, lo que se ha dicho aquí sobre el Estado bienestar o social de derecho sigue siendo cierto en la actualidad, puesto que, a fin de cuentas, este diseño institucional aún permanece vigente.

En vista de lo anterior, ahora se analizarán con mayor detalle las formas de intervención del Estado social de derecho y la nueva forma de creación valor que surge como consecuencia directa de estas intervenciones. Por lo pronto diremos que el instrumental normativo producto de la intervención estatal, responde como se ha visto a la configuración axiológica del Estado social de derecho, en donde el concepto de “interés público” tiene una importancia elevada, y donde la satisfacción de necesidades básicas es prerequisite de la “verdadera libertad”. De esta forma, en la actualidad encontramos dos conjuntos de normas de derecho privado: por un lado, aquellas que se recogen en el Código Civil, que son claro reflejo de la configuración axiológica e institucional propuesta por el pensamiento liberal clásico, y, por otro, aquellas normas que recogen los valores del Estado social de derecho y que reflejan, por lo general, un balance distinto entre lo público y lo privado al de las normas de los códigos del siglo XIX, donde el peso de lo público aplasta notablemente el valor de lo privado que se consagra en los códigos civiles. Es así patente la falta de correspondencia valorativa a la que hicimos referencia al finalizar el apartado anterior.

### VIII. INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y NUEVAS FORMAS DE CREACIÓN DE VALOR: ¿HACIA NUEVAS FORMAS DE PROPIEDAD?

Aún cuando el movimiento globalizador actual marca una tendencia de retorno al mercado libre, la estructura del Estado social de derecho y su instrumental normativo permanecen indemnes. Como hemos visto, este diseño institucional supone una activa intervención del Estado en la actividad económica, intervención que en varias de sus manifestaciones, conlleva un cambio en las formas de creación de valor. Como se verá en este apartado, las nuevas formas de creación de valor que surgen a raíz de la intervención estatal, deben conducirnos a replantear el concepto actual de propiedad que como hemos visto, es claro reflejo de la configuración axiológica y del pensamiento liberal en general.

#### A. Nuevas formas de intervención

La sorprendente intervención estatal que implica la transformación del Estado liberal al Estado bienestar tiene importantes implicaciones en las formas de creación de valor, y por supuesto, en el ámbito del derecho a la propiedad privada. Nos ocuparemos ahora de las diferentes formas de intervención del Estado y de los alcances de las mismas en los mencionados temas. A continuación propongo una clasificación de las distintas formas de intervención.

En primer lugar, las intervenciones del Estado pueden clasificarse en directas e indirectas. En las intervenciones directas, el Estado participa como un jugador más en el juego económico, así, emprende actividades que normalmente son atribuibles a

particulares, puesto que funcionan adecuadamente en el mercado<sup>156</sup>, en Colombia, son ejemplos de este tipo de intervención las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. Por otro lado, las intervenciones indirectas del Estado, por regla general se manifiestan en forma de regulación, que es, por el contrario un atributo propio del Estado. Estas intervenciones pueden clasificarse a su vez en dos tipos.

Llamaremos intervenciones generales a las intervenciones indirectas, es decir, a las intervenciones en forma de regulación, que pretenden proporcionar un marco legal para el desarrollo adecuado del mercado y la optimización de los recursos productivos. Se ha hecho referencia a este tipo de intervención al plantear el rol de las instituciones en una economía de mercado en el apartado III. Para el tema que nos concierne, las intervenciones generales de mayor importancia para el buen funcionamiento del mercado y la competencia son aquellas que se ocupan de definir los derechos de propiedad, su alcance y las facultades de los propietarios. Como vimos, las intervenciones generales no sólo son convenientes sino necesarias puesto que la cooperación voluntaria solamente puede concebirse dentro de un marco que proporcione las reglas de juego a los individuos que orientan sus acciones hacia el mercado.

Se denominarán intervenciones específicas a las intervenciones indirectas que se manifiestan en forma de regulación, pero cuyos efectos no están orientados a proporcionar un marco para la intervención de los individuos, sino que constituyen obstrucciones explícitas al principio liberal según el cual los individuos pueden orientar libremente sus acciones en el mercado buscan-

do únicamente su interés personal. Las mencionadas intervenciones, características del Estado social de derecho, usualmente se justifican en motivos de "interés público" y "bienestar general o común", y buscan "proteger" a los individuos y a la colectividad en general, de los "macabros", "inequitativos" y "crueles" efectos de los mecanismos de mercado.

Es menester detenerse y elaborar un análisis más cuidadoso de las intervenciones específicas. Estas pueden asimismo clasificarse en dos tipos: intervenciones específicas abstractas e intervenciones específicas concretas. La distinción se debe a que las primeras están destinadas a surtir efectos en un número extenso de individuos, mientras que las segundas se orientan a hombres individualmente considerados.

Dentro de las intervenciones específicas abstractas, se encuentran los extensos programas de seguridad social, que ofrecen protección contra enfermedad, accidentes, vejez y muerte; las normas de protección al trabajador que fijan salarios mínimos, jornadas máximas, prestaciones sociales obligatorias; la creación y administración de centros educativos públicos y las normas para la protección al consumidor principalmente de los precios altos y productos defectuosos.

Las intervenciones específicas concretas se presentan de diversas maneras que constituyen, en la mayoría de los casos, restricciones a la oferta. Son manifestaciones de estas intervenciones en las sociedades contemporáneas las siguientes:

a *Licencias*. Las licencias son una de las restricciones a la oferta en el mercado que se presenta de manera un tanto oculta. El Estado actual tiene el poder de autorizar o negar, a través de las licencias, el acceso a

ciertas actividades; la razón subyacente de las licencias suele ser la "protección del consumidor" y por supuesto, el "interés público". Por medio de licencias, el Estado no sólo priva a ciertos oferentes de entrar libremente al mercado y de elegir qué actividades quieren realizar, sino que priva también a los consumidores de la posibilidad de elegir ciertos oferentes; en otros términos, estas intervenciones protegen a los consumidores de sus propias decisiones. Las licencias toman a su vez, diferentes formas, por mencionar solo algunas: licencias profesionales, licencias sanitarias, licencias para conducir.

Para el ejercicio de algunas profesiones, como la medicina y la abogacía, los Estados suelen exigir licencias que acrediten la idoneidad de un individuo para el ejercicio de dicha actividad. Los tenedores de estas licencias usualmente están sujetos a códigos de comportamiento a cuyo estricto cumplimiento se sujeta la permanencia de las mismas. Únicamente quienes poseen licencias de este tipo pueden emprender actividades de esta naturaleza en el mercado laboral<sup>157</sup>.

Las licencias o registros sanitarios, tienen un propósito similar al ya enunciado, están diseñadas para verificar la seguridad, higiene, e incluso efectividad, de alimentos, medicamentos, entre otros productos. Normalmente, productos de esta naturaleza no pueden acceder al mercado sin antes obtener una licencia de este tipo.

La licencia de conducir es probablemente el tipo de licencia estatal al que más ciudadanos estemos sometidos. A través de ella, el Estado verifica la capacidad y pericia de los individuos que desean conducir vehículos automotores.

b. *Contratos estatales*. La creciente actividad del Estado contemporáneo aparece un

aumento correlativo en el gasto público. Una de las consecuencias de este incremento es una mayor actividad de contratación del Estado. Rara vez un proceso de contratación con el Estado es igual a un proceso de la misma naturaleza entre particulares; independientemente del tipo de legislación que exista al respecto, contratar con el Estado es un proceso complejo. Si se considera la alta capacidad de gasto de un Estado, ser contraparte de éste en un contrato puede ser muy ventajoso económicamente, tanto así, que la mayoría de la normativa que existe al respecto, busca que los particulares que desean contratar con el Estado sean tratados con igualdad puesto que implícitamente se reconoce que al fin de cuentas quien contrata con el Estado, es en cierta medida privilegiado<sup>158</sup>. Esta afirmación se hace más evidente en el caso de los contratos de concesión para la explotación de bienes públicos, como por ejemplo las frecuencias de radio, o los recursos naturales, en los cuales se otorga al particular el derecho exclusivo de sacar provecho de un bien cuya titularidad pertenece al Estado, sin embargo, la retribución que el Estado obtiene a cambio, se supone compensa el "privilegio" para el particular.

c. *Subsidios*. Dentro de los programas de bienestar, el Estado con frecuencia subsidia a los particulares, les proporciona ayuda de forma gratuita y sin que exista contraprestación; suministra asistencia para comprar casas, para desarrollar ciertos tipos de cultivos, para desempeñar algunas actividades<sup>159</sup>, en algunas ocasiones, los subsidios toman la forma de exenciones tributarias.

## B. Nuevas formas de creación de valor

Las intervenciones indirectas específicas en

particular, esconden una transformación en las formas de creación de valor, transformación, que por estar oculta es preciso develar. El activo papel del Estado social de derecho, que se manifiesta a veces directamente, y en ocasiones de forma indirecta a través de la regulación, tiene una implicación de considerable importancia: modifica la estructura de creación de valor en la cual éste se genera a partir de la cooperación voluntaria de individuos libres en el mercado<sup>160</sup>.

Como se ha dicho ya, las fuerzas del mercado son la forma primordial de creación de valor en una economía estrictamente liberal; a este funcionamiento económico responde el diseño institucional clásico de derecho privado, especialmente los principios que orientan el derecho civil, y viceversa, el diseño institucional clásico, ha promovido los valores liberales en los intercambios voluntarios de los individuos, promoviendo así la mencionada forma de creación de valor. Las intervenciones indirectas específicas han alterado esta dinámica, y son actualmente, una importante forma de creación de riqueza<sup>161</sup>.

Pero ¿cómo se lleva a cabo este proceso de creación de valor? Ilustrémoslo a través de un ejemplo. El Estado, a través de una licencia profesional, faculta aun médico X para el ejercicio de su profesión. El médico X no puede vender su licencia profesional, pues esta tiene significado exclusivamente para él así que nadie más está interesado en comprarla, de esta forma, la licencia profesional no adquiere valor a través de intercambios voluntarios en el mercado, dado que éstos no pueden realizarse; la licencia profesional, no es un bien con el cual los agentes económicos puedan negociar: no se puede vender, arrendar, permutar, etc. una licencia profesional.

Si la licencia profesional del médico X indiscutiblemente tiene un valor para él, pero no obtiene este valor a través del mercado, ¿cómo lo alcanza entonces? La respuesta a este interrogante es que el Estado crea valor al adjudicar la licencia. Es posible determinar que realmente se trata de valor económico si se considera que aunque el médico titular de la licencia no puede efectuar transacciones sobre ella, y él no se siente más rico por ser su titular, en realidad sí lo es dado que, de retirarle el Estado su licencia para ejercer la profesión médica, perdería el tiquete de entrada al mercado y con ello la posibilidad de participar con su actividad en la cooperación de fuerzas en el mercado y por tanto, de obtener ingresos que están condicionados a la titularidad de la licencia. En este esquema de creación de valor, la riqueza no se genera por la acción individual de los hombres y la materialización de valores de cambio en el mercado, sino por la relación de que los individuos sostienen con el Estado<sup>162</sup>.

Hemos dicho también que puesto que la explicación para la creación del valor en el mercado supone la existencia misma de valor, entonces los economistas liberales se han visto forzados a suponer la propiedad privada, con miras a poder esclarecer el proceso de creación de riqueza sin que el argumento sea circular. Bajo la nueva forma de creación de valor la ya aludida dificultad no se presenta porque efectivamente el Estado está creando valor antes de que los individuos puedan entrar al mercado, pero incluso cuando entran, estas nuevas formas de riqueza no pueden transferirse puesto que sólo tienen significado, trascendencia y utilidad para su titular<sup>163</sup>.

Imagínese otro ejemplo. El Estado le adjudica por concesión a un particular el

uso y explotación de una frecuencia radial. Luego de un determinado tiempo, la concesión expira y quien fuese su titular, no puede continuar percibiendo los ingresos derivados de la explotación de la licencia. Es evidente también en este caso, que la regulación estatal es fuente directa de valor económico para agentes privados.

La mayoría de nosotros tenemos una licencia de conducir que nos habilita para manejar vehículos automotores. Para muchos, esta licencia tiene una connotación simple, es utilizada para poder transportarse, para otros, por ejemplo para un taxista, es requisito indispensable para encaminar sus acciones hacia el mercado con el propósito de satisfacer sus necesidades, derivando ingresos del transporte de personas; en este orden de ideas, la licencia de conducción es para un taxista una verdadera riqueza.

Con cada una de las formas de intervención específica concreta que hemos mencionado podría construirse un ejemplo similar, y sin embargo, el punto sigue siendo el mismo: este tipo de intervenciones crean riqueza que por ser exclusiva para sus tenedores, no puede adquirir valor a través de las fuerzas del mercado; el valor que tienen, lo ha creado directamente el Estado.

Consecuencia evidente de lo anterior, es que así como la regulación específica puede crear valor, también puede quitarlo, o lo que es lo mismo, puede generar desvalor. Supóngase por ejemplo que la ley exige, so pena de sanción, que la vida útil de los buses de transporte público no puede exceder 10 años, mientras que la regulación anterior autorizaba su uso por hasta 20 años. Aunque en este hipotético escenario los buses ya están operando con normalidad, a la luz de la nueva regulación deberán ser sacados de circulación, y quie-

nes deseen permanecer en el negocio, tendrán que hacerse de otro vehículo nuevo o usado pero con un remanente de vida útil; será necesaria una efectiva erogación por parte de los particulares para poder adaptarse a la nueva legislación. Esto es, a todas luces, crear desvalor<sup>164</sup>.

No sobra hacer una advertencia: este escrito no tiene como propósito analizar si las licencias, concesiones, subsidios, etc., son necesarias y deseables en una sociedad, puesto que el objetivo general no consiste en identificar que tipo de regulación debe existir, y cual debe desecharse; el propósito consiste en cambio en poner de presente que efectivamente, bajo el diseño institucional actual y el funcionamiento económico contemporáneo, existen nuevas formas de creación de valor que en muchos espacios, han desplazado al mercado en el cumplimiento de su función de mayor importancia.

### C. Nuevas formas de creación de valor, antiguas formas de propiedad

Si los hombres ya no pueden servirse exclusivamente de su acción individual para crear riqueza, sino que tienen que depender de los favores del Estado, es evidente que han perdido una porción de su libertad económica. FRIEDMAN lo explica así:

Una parte esencial de la libertad económica consiste en la facultad de escoger la manera en que vamos a utilizar nuestros ingresos: [...] Hoy no somos libres para ofrecer nuestros servicios como abogados, médicos, dentistas [...] o para empezar en muchas otras ocupaciones, sin antes conseguir un permiso o una autorización de un funcionario gubernamental [...] No somos

libres de abrir un banco, entrar en la industria del taxi, o en la venta de electricidad o de servicio telefónico, o explotar una línea de ferrocarril, autobús o aérea, sin antes recibir una autorización de un funcionario gubernamental<sup>165</sup>.

Lo que no es tan evidente es que perdiendo una parte de nuestra libertad económica, perdemos también una parte de nuestra libertad política, no sólo porque la libertad económica es parte importante de la libertad entendida como un todo, sino porque la libertad económica es prerequisite indispensable, aunque no suficiente, para la libertad política<sup>166</sup>.

En este orden de ideas, las intervenciones específicas limitan la libertad económica del individuo<sup>167</sup> y amenazan la conservación de su libertad política; asimismo hacen patente el desplazamiento de poder que se ha producido con el transcurrir de los años de manos del individuo a manos del Estado, desplazamiento que ha conllevado la concentración de poder y la masificación de la vulnerabilidad del individuo<sup>168</sup>.

Por lo demás, la intervención específica del Estado "[...] establece posiciones de poder. La forma en que este poder será utilizado y con qué propósito, depende mucho más de las personas que ocupan la mejor posición para lograr el control de dicho poder que las intenciones y objetivos de los patrocinadores iniciales de dicha intervención"<sup>169</sup>. Al crear posiciones de poder, las intervenciones de este tipo abren el espacio para que este se concentre, y sabemos ya que la concentración de poder es la mayor amenaza de la libertad.

¿En qué consisten estas posiciones? Es claro, por un lado, que los funcionarios que

otorgan licencias y permisos, y que deciden a quien se otorgará un contrato, tienen un inmenso poder de decisión. Por su parte, las intervenciones específicas abstractas, y algunas intervenciones específicas concretas, como los subsidios, establecen posiciones de poder por los tipos de gasto que entrañan<sup>170</sup>; suponen alguna de dos formas de gasto: gasto que una persona realiza en su beneficio pero con el dinero de otro, por ejemplo un subsidio de alimentación, ó, gasto que una persona realiza en beneficio de un tercero con el dinero de otro, como los programas de educación pública. En el primer caso, quien gasta no tiene incentivo alguno para ahorrar pero lo tiene para obtener la mayor cantidad de dinero que pueda, para poder gastarlo. En el segundo caso, quien gasta no tiene incentivos para economizar como tampoco para lograr que el beneficiario del gasto obtenga el mayor valor del mismo. Estos esquemas de gasto tienden a "[...] corromper a los individuos implicados. Todos estos programas colocan a algunas personas en la posición de decidir lo que es bueno para otros. Esto hace que un grupo de individuos adquiera una sensación de poder casi divino; otro, una dependencia casi infantil [...]"<sup>171</sup>.

Se ha dicho que las normas tradicionales de derecho privado consagradas en el Código Civil, en especial las que regulan la propiedad privada, reflejan un estado de cosas donde la forma primordial de creación de valor es el intercambio voluntario de individuos libres a través de los mecanismos de mercado, y se ha dicho también, que es ideal que instituciones jurídicas e instituciones económicas reflejen un mismo conjunto de valores. Resulta paradójico como, a pesar de la prolífica regulación del Estado social de derecho, desafortunadamente la ley, en lo concerniente a los dere-

chos de propiedad, no se ha movido con la suficiente velocidad para acompañar los cambios de una sociedad en constante desarrollo<sup>172</sup>. Así, en la actualidad existe una nueva forma de creación de valor que surge como consecuencia de las intervenciones del Estado en la economía, y sin embargo, las formas de propiedad que consagra el Código Civil, que es como dijimos, el derecho privado general, siguen inalteradas.

No quiere decir esto que el derecho haya permanecido por completo estático. En realidad, el derecho privado ha venido siendo complementado en el transcurso de los años<sup>173</sup>. Sin embargo, las normas que se han integrado al espectro del derecho privado han surgido como respuesta a los abusos de la propiedad privada, y no con el propósito de reconocer las nuevas formas de creación de valor que surgen con la intervención estatal, y de proteger dicho valor con normas de propiedad; de esta forma, las nuevas reglas jurídicas de derecho privado se orientan a limitar los derechos de propiedad existentes, por ejemplo al "interés público", a la luz de la configuración axiológica del Estado social de derecho. Pero a pesar de estos cambios sin duda importantes, el diseño normativo de los derechos de propiedad que expone el Código Civil permanece intacto. Si el valor es una relación económica y cultural, y la propiedad es una relación jurídica entre el valor y su "propietario", entonces, ¿al cambiar las formas de creación de valor no deberían cambiar también las formas de propiedad?; ¿al surgir nuevas formas de creación de valor, no deberían surgir también nuevos conjuntos de derechos de propiedad?

Esta asincronía entre los derechos de propiedad como institución jurídica y los

modos de creación de riqueza en la sociedad contemporánea acredita que instituciones económicas y jurídicas están reflejando dos conjuntos distintos de valores: las primeras, evidencian los valores del Estado social de derecho, las segundas, los del Estado liberal<sup>174</sup>.

Como ha sido manifestado, una de las principales funciones de la propiedad privada como institución jurídica es la preservación de una esfera de libertad del individuo, esfera indispensable para el funcionamiento del mercado. Habiendo nuevas formas de riqueza que no responden a mecanismos de mercado, sino a la acción del Estado, faltando formas de propiedad que las acompañen y considerando que las intervenciones mediante las cuales el Estado crea valor constituyen formas de trasgresión de la libertad individual<sup>175</sup>, tenemos que en la actualidad existe valor no protegido por el derecho, o lo que es lo mismo, existe una porción de vital importancia de la libertad del individuo completamente vulnerable.

#### IX. CONCLUSIONES. UN DIAGNÓSTICO Y UN REMEDIO

Todo lo dicho hasta aquí recoge una única conclusión para los que creen en la importancia social del concepto de libertad individual: para nuevas formas de creación de valor, deben construirse nuevas formas de propiedad, puesto que las formas de propiedad actuales, por su inadecuación con las nuevas formas de creación de valor, son ineficaces para proteger la libertad del individuo. Sigamos los argumentos desde el inicio.

Desde el punto de vista del pensamiento liberal, la libertad individual es y debe ser

el valor fundamental dentro de una sociedad. Para garantizar que libertad tenga el mayor espacio posible sin que la de un individuo obstruya la de otro, el Estado debe circunscribirse al cumplimiento de funciones razonablemente limitadas. Dentro de esas funciones, una de las más importantes consiste en la creación de un marco institucional en el que los individuos se vean incentivados a cooperar voluntariamente, a orientar sus acciones al mercado y que dote de forma a sus intercambios; en este contexto la colaboración individual logra constituir, de forma extraordinaria, una organización social que no podría haber sido de otro modo creada o visualizada por alguien en particular. Dentro de una configuración social e institucional como la descrita, la forma primordial de creación de valor económico es la interacción de los individuos en el mercado que tiene como presupuesto, la existencia de propiedad privada; precisamente a esta forma de creación de valor, corresponden los principios fundamentales del derecho privado, y la configuración de la propiedad que se encuentra en el Código Civil.

Ahora bien, en la actualidad nos encontramos frente a un panorama distinto, panorama que demuestra que si lo que se ha descrito hasta ahora alguna vez existió en la práctica<sup>176</sup>, ya no existe más. En el siglo XX ocurrieron una serie de transformaciones del pensamiento liberal en todos sus niveles. Desde el punto de vista axiológico, la libertad perdió su categoría de valor fundamental puesto que las condiciones para el real y efectivo ejercicio de la misma tomaron su privilegiado lugar. En el ámbito económico, a causa de catástrofes como la Gran Depresión, se perdió la confianza en el mercado como medio para coordinar los esfuerzos humanos, y por consiguiente en

los productos sociales espontáneos como fuerzas ordenadoras. En este contexto, las algunas vez limitadas funciones del Estado crecieron de manera insospechada; este nuevo Estado bienestar, o Estado social de derecho se caracteriza por su activa intervención en la economía y por su marcada tendencia por no sólo proveer un marco institucional, sino por regular la gran mayoría de las actividades humanas por medio de su instrumental normativo. Efectivamente, en casi todos los casos, la intervención estatal se manifiesta en forma de regulación. De manera no tan evidente, estas transformaciones han aparejado también un cambio en las formas "liberales" de creación de valor; existe en la actualidad una nueva forma de creación de riqueza que depende de manera exclusiva del favor del Estado.

Llegamos así al siguiente diagnóstico: considerando que la creación de valor por medio del intercambio voluntario de nuestros derechos en el mercado hace parte importante de nuestra libertad económica, y que dicha parte de nuestra libertad esta protegida por lo derechos de propiedad "liberales", nos damos cuenta de que, dado que existen nuevas formas de creación de valor, sin que existan nuevas formas de propiedad correlativas, una porción sumamente importante de nuestra libertad se encuentra inerme y desprotegida.

Para este diagnóstico existe un sólo remedio: la redefinición del derecho de propiedad. Aún si se considera que la consecución de las condiciones necesarias para el ejercicio real de la libertad deben ser un objetivo social primordial, no puede desconocerse que la protección de la libertad como tal, merece permanecer en un nivel alto, por no decir que el más alto, de prioridad. En esta tarea, según vimos, el

derecho de propiedad privada cumple una función fundamental; provee de una protección cotidiana de la libertad política y económica que ni siquiera las protecciones de orden constitucional pueden brindar.

La reformulación específica del derecho de propiedad escapa por completo las posibilidades reales de este documento que pretendió tan solo, poder elaborar de manera estructurada el diagnóstico que precede, diagnóstico que como creo que es evidente, devela las importantes relaciones que existen entre derecho y economía.

Cabe sin embargo anotar algo que ahora parece obvio: la redefinición de la concepción de propiedad privada debe tomar en cuenta no sólo las antiguas, sino las nuevas formas de creación de valor y en esa medida, la nueva noción de propiedad, puede incluso construirse alrededor de la idea misma de valor.

¿Cuáles son los derechos que deberá incluir esta nueva propiedad que responde a la nueva forma de creación de valor? Esta es desafortunadamente, una pregunta a la que, por el momento, no puedo dar respuesta.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BECKER, GARY S. "La naturaleza de la competencia," consultado en [<http://www.hacer.org/library.php>].
- BERLIN, ISAIAH. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, 2.<sup>a</sup> ed., Filosofía y Pensamiento Ensayo, España, Alianza Editorial, 1998.
- BUTELER CÁCERES, JOSÉ A. *Manual de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma, 1979.
- CÁRDENAS, ERNESTO y JAIR OJEDA. "La nueva economía institucional y la teoría de la implementación", *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia 2002, pp. 154-169.

- COASE, RONALD H. "The Firm, the Market and the Law", en *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990, pp. 1-32.
- COASE, RONALD H. "The Marginal Cost Controversy", *Económica* 13 (1946), p. 169.
- COASE, RONALD H. "The Nature of the Firm", *Económica* 4 (1937), p. 386.
- COASE, RONALD H. "The Problem of Social Cost.", *Journal of Law and Economics* 3 (1960), pp. 1 a 44.
- COMTE-SPONVILLE, ANDRÉ. *Diccionario Filosófico*, JORDI TERRÉ (trad.), Barcelona, Paidós Contextos, 2003.
- CHAFUÉN, ALEJANDRO. "La economía y la filosofía de la libertad," consultado en [<http://www.hacer.org/library.php>].
- DE COSSIO, ALFONSO. *Instituciones de derecho civil 1*, Madrid, Alianza Universidad-Textos, 1977.
- DORNBUSCH, RUDIGER. *Las claves de la prosperidad: mercados libres, moneda estable y un poco de suerte*, MARGARITA CÁRDENAS (trad.), Bogotá, Editorial Norma y Universidad de los Andes, 2004.
- DUGUIT, LEÓN. *Las Transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Francisco Beltrán, 1920.
- DWORKIN, RONALD. *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*, MARTA GUASTAVINO (trad.), Ariel Derecho, Barcelona, Editorial Ariel, 1984.
- FARIA, JOSÉ EDUARDO. "Economía y derecho: en el cruce de dos épocas", en *La mano visible del mercado, derecho y economía*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2000.
- FERNÁNDEZ DE CASTRO, JUAN. "Economía y Derecho", en *Enciclopedia práctica de economía*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985.
- FRIEDMAN, MILTON. *Capitalism and Freedom*, 2.<sup>a</sup> ed., Chicago and London, The University of Chicago Press, 1962.
- FRIEDMAN, MILTON. "Introduction to the Fiftieth Anniversary Edition of 'The Road to Serfdom'", en *The Road to Serfdom* 274, The University of Chicago Press, 1994.
- FRIEDMAN, MILTON Y ROSE FRIEDMAN. *Libertad de Elegir*, CARLOS ROCHA PUJOL (trad.), Barcelona, Ediciones Grijalbo, 1980.
- GALBRAITH, JOHN KENNETH. *Historia de la economía*, Colección Sociedad Económica, 3.<sup>a</sup> reimp., Bogotá, Ariel, 1992.
- GALLASTEGUI, MARÍA CARMEN. "Los fallos del mercado (1)", en *Enciclopedia práctica de economía*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1983.
- GALLO, EZEQUIEL. "Notas sobre el liberalismo clásico", consultado en <http://www.hacer.org/library.php>
- HAHN, FRANK. *Equilibrium and Macroeconomics*, Cambridge, MIT Press, 1984.
- HATTENHAUER, HANS. *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Barcelona, Ariel Derecho, 1987.
- HAYEK, FRIEDRICH A. "Individualismo: el verdadero y el falso", consultado en [<http://www.hacer.org/library.php#H>].
- HAYEK, FRIEDRICH A. "Individualismo: el verdadero y el falso" (1984, 1948), consultado en [<http://www.hacer.org/library.php#H>].
- HAYEK, FRIEDRICH A. *The Road to Serfdom*, 4.<sup>a</sup> ed., Chicago, The University of Chicago Press, 1994.
- JOHNSON, PAUL. "¿Existe una base moral para el capitalismo?", consultado en [<http://www.hacer.org/library.php>]
- LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. *Principios de Derecho Civil*, t. 1., 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Trivium, 1993.
- LOCKE, JOHN. *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976.
- NELSON, RICHARD R. y BHAVEN N. SAMPAT. "Las instituciones como factor que regula el desempeño económico", *Revista de Economía Institucional Universidad Externado de Colombia*, 2001, pp. 17-51.
- NORTH, DOUGLAS. "Instituciones, cambio institucional y desempeño económico", en *Economía Contemporánea*, 2.<sup>a</sup> reimp., Chile, Fondo de Cultura Económica, 1990.
- ORTÍ LAHOZ, ÁNGEL. "Mercados no competitivos (1)", en *Enciclopedia práctica de economía*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1983.

- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 1994.
- PARADA, JAIRO J. "Economía institucional original y nueva economía institucional: semejanzas y diferencias", *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 93-116.
- REICH, CHARLES A. "Constitutional Transformation: New Wrongs, New Rights", *University of San Francisco Law Review* 1987-1988.
- REICH, CHARLES A. "The New Property", en *American Law and the Constitutional Order, Historical Perspectives*, LAWRENCE M. FRIEDMAN y HARRY N. SCHEIBER (eds.), Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press.
- REICH, CHARLES A. "Social Welfare in the Public-Private State", *University of Pennsylvania Law Review* 1965-1966, pp. 487-93.
- RODRÍGUEZ BRAUN, CARLOS. "Elogio al mercado", consultado en <http://www.hacer.org/library.php>
- ROTONDI, MARIO. *Instituciones de derecho privado*, 6.ª ed., Barcelona, Edit. Labor, 1953.
- SHAVELL, STEVEN. "Economic Analysis of Law", Working Paper, Harvard Law School 2000.
- SMITH, ADAM. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, GABRIEL FRANCO (trad.), 2.ª ed., 9.ª reimp., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1997.
- SPOTA, ALBERTO G. *Instituciones de derecho civil. Contratos*, vol. 1, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- SUPELANO, ALBERTO. "Editorial", *Revista de Economía Institucional Universidad Externado de Colombia* 2005, pp. 3 a 9.
- TRABUCCHI, ALBERTO. *Instituciones de derecho civil*, vol. II, Madrid, Edit. Revista Derecho Privado, 1967.
- TRABUCCHI, ALBERTO. *Instituciones de derecho civil*, vol. I, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1967.
- VARGAS LOSSA, MARIO. "¿Qué significa ser liberal?", consultado en [<http://www.hacer.org/library.php>].
- WALDRON, JEREMY. *Liberal Rights. Collected Papers, 1981-1994*, Cambridge University Press, 1993.
- WALDRON, JEREMY. *The Right to Private Property*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- ZANOTTI, GABRIEL. "Persona humana y libertad", consultado en [<http://www.hacer.org/library.php>].
- 1 Véase JUAN FERNÁNDEZ DE CASTRO. "Economía y Derecho", en *Enciclopedia práctica de economía*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985.
  - 2 JOHN KENNETH GALBRAITH. *Historia de la economía*, Colección Sociedad Económica, 3.ª reimp., Bogotá, Ariel, 1992, p. 11.
  - 3 GALBRAITH. *Historia de la economía*, cit., p. 303.
  - 4 *Ibíd.*, p. 292.
  - 5 RONALD H. COASE. "The Nature of the Firm", *Economica* 4 (1937); RONALD H. COASE. "The Marginal Cost Controversy", *Economica* 13 (1946); RONALD H. COASE. "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics* 3 (1960).
  - 6 Los estudios de COASE, como el mismo lo indica, centran su interés en el análisis de la microeconomía: "My particular interest has been in that part of economic theory which deals with firms, industries, and markets, which used to be called Value and Distribution and now usually termed price theory or micro-economics" RONALD H. COASE. "The Firm, the Market and the Law," en *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990, p. 2.
  - 7 Como forma preliminar de abordar el tema se transcriben a continuación las formas en que de COASE se refiere a los costos de transacción: "[...] I found it necessary to introduce a concept which I termed [...] "the cost of using the price mechanism", "the cost of carrying out a transaction by means of an exchange on the open market", or simply "marketing costs": *ibíd.*, p. 6.
  - 8 Este es el término con que COASE designa a los estudios económicos en que no se considera la existencia de costos de transacción.
  - 9 Para un análisis detallado de las similitudes y diferencias entre ambas vertientes de la economía institucional, véase JAIRO J. PARADA. "Economía institucional original y nueva economía institucional: semejanzas y diferencias", *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia, 2003.
  - 10 La "nueva economía institucional" o "neoinstitucionalismo", "sitúa a las institucio-

- nes en el centro del análisis; la ley y el papel económico del gobierno son temas decisivos de análisis e investigación, alejados del mundo neoclásico de costos de transacción nulos. Estos temas constituirían puntos de divergencia entre el análisis de COASE y la corriente principal": *ibíd.*, p. 103.
- 11 *Ibíd.*, p. 95. Es precisamente la convergencia en este punto esencial la que permite efectuar un análisis conjunto desde el liberalismo clásico y la nueva economía institucional en vista de que la segunda no sobrescribe la primera, sino que por el contrario, la complementa.
  - 12 DOUGLAS NORTH. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Economía Contemporánea, Chile, Fondo de Cultura Económica, 1990, 2.ª reimp., p. 13.
  - 13 Según la clasificación de NORTH, entre instituciones formales e informales, puede afirmarse que el derecho contribuye particularmente con instituciones formales.
  - 14 Para profundizar en la clasificación de las instituciones entre formales e informales, véase NORTH. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*.
  - 15 MARIO VARGAS LLOSA. "¿Qué significa ser liberal?", consultado en [<http://www.hacer.org/library.php>].
  - 16 "La dificultad que encontramos no radica solamente en la conocida ambigüedad de los términos políticos comunes o en que incluso un mismo término signifique casi lo contrario para diferentes grupos. Mucho más serio es que una misma palabra una entre sí ideales irreconciliables y contradictorios. Términos como "liberalismo", "democracia", "capitalismo" o "socialismo", ya no simbolizan hoy sistemas coherentes de ideas. Han llegado a describir conjuntos de principios y hechos completamente heterogéneos, que el accidente histórico ha asociado con estas palabras, pero que tienen muy poco en común, además de haber sido defendidas en diferentes épocas por la misma gente o incluso sólo bajo el mismo nombre". FRIEDRICH A. HAYEK, "Individualismo: el verdadero y el falso," consultado en [<http://www.hacer.org/library.php#H>].
  - 17 Me refiero al liberalismo clásico como liberalismo del siglo XIX, pues sus inicios datan de este siglo, lo cual no significa que esta línea de pensamiento no tenga importantes reformulaciones en el siglo XX y en este siglo, como efectivamente las tiene en las obras de HAYEK Y FRIEDMAN, sobre todo.
  - 18 Véase HAYEK. "Individualismo: el verdadero y el falso".
  - 19 FRIEDRICH A. HAYEK. *The Road to Serfdom*, 4.ª ed., Chicago, The University of Chicago Press, 1994, p. 41 (trad. propia; todas las traducciones de las obras en inglés son del autor de este documento).
  - 20 De nuevo aquí, por la misma confusión terminológica que se describe, surge un problema al llamar a esta nueva forma de liberalismo, liberalismo del siglo XX o XXI. Efectivamente se denomina con la misma etiqueta "liberalismo", a dos grupos diferenciados de ideas, un grupo que nace en el siglo XIX, y otro que es producto de los acontecimientos históricos del siglo XX. Pero no sobra reiterar que esto no significa que el liberalismo original que tiene sus orígenes en el siglo XIX no tenga plena vigencia en muchas de sus proposiciones, y que por lo tanto, no cuente con importantes defensores en diferentes disciplinas. Tal vez en la ciencia económica la distinción entre unos y otros liberales sea un poco más clara pues a los primeros se les llama liberales clásicos, fieles a la tradición iniciada por SMITH, mientras que a los otros se les llama liberales keynesianos, seguidores de las propuestas de KEYNES. De manera superficial puede decirse que ambos son liberales en el sentido en que respetan la propiedad privada y reconocen y respetan las fuerzas del mercado, pero mientras que los liberales clásicos creen fielmente en los productos sociales espontáneos, los liberales keynesianos desconfían de ellos, con todas las consecuencias que esta línea de pensamiento conlleva.
  - 21 Véase MILTON FRIEDMAN. *Capitalism and Freedom*, 2.ª ed., Chicago and London, The University of Chicago Press, 1962, pp. 5 y 6.
  - 22 La transformación es más evidente si se toma en cuenta que para el liberalismo decimonónico, la acumulación de poder es la mayor amenaza de la libertad. Véase ISAIAH BERLIN. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, 2.ª ed., Filosofía y Pensamiento Ensayo, España, Alianza Editorial, 1998, p. 270.
  - 23 HAYEK denomina a los liberales del siglo XIX como verdaderos individualistas y a los del siglo XX como falsos individualistas; describe la diferencia entre unos y otros así: La diferencia entre los verdaderos individualistas y los falsos tiene que ver con el fundamento filosófico de cada teoría. "La primera se basa en la interpretación evolucionista de los fenómenos de la cultura y del espíritu y en una comprensión de los límites de los poderes de la razón humana. La segunda se apoya en lo que he denominado racionalismo "constructivista"

- una concepción que conduce al tratamiento de todo fenómeno cultural como el producto de un plan deliberado— y en la creencia de que es posible reconstruir todas las instituciones desarrolladas de acuerdo con un plan preconcibido". FRIEDRICH A. HAYEK. "Individualismo: el verdadero y el falso", consultado en [http://www.hacer.org/library.php#H].
- 24 HAYEK y otros pensadores liberales nos han puesto en guardia contra este riesgo, frecuente en los críticos del liberalismo del siglo XX, que tienden a confundir individualismo con egoísmo: "The point which is so important is the basic fact that it is impossible for any man to survey more than a limited field, to be aware of the urgency of more than a limited number of needs. Whether his interests center round his own physical needs or whether he takes a warm interest in the welfare of every human being he knows, the ends about which he can be concerned will always be only an infinitesimal fraction of the needs of all men. This is the fundamental fact on which the whole philosophy of individualism is based. It does not assume, as is often asserted, that man is egoistic or selfish or ought to be. It merely starts from the indisputable fact that the limits of our powers of imagination make it impossible to include in our scale of values, more than a sector of the needs of the whole society, and that, since, strictly speaking, scales of value can exist only in individual minds, nothing but partial scales of values exist — scales which are inevitably different and often inconsistent with each other. From this the individualist concludes that the individuals should be allowed, within defined limits, to follow their own values and preferences rather than somebody else's; that within these spheres the individual's system of ends should be supreme and not subject to any dictation by others". HAYEK. *The Road to Serfdom*, cit., p. 66.
- 25 EZEQUIEL GALLO. "Notas sobre el liberalismo clásico", consultado en [http://www.hacer.org/library.php].
- 26 Entre las varias clasificaciones que pueden hacerse de la noción de la libertad, es necesario referirse a aquella que divide la libertad en "libertad negativa" y libertad "positiva", y las presenta como si se tratase de dos caras de una misma moneda. Sin embargo, la realidad es bastante distinta, uno y otro concepto de libertad han seguido desarrollos tan divergentes que podría incluso afirmarse que se contraponen. "El primero de estos sentidos

[...] es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta "cuál es el ámbito en el que al sujeto — una persona o un grupo de personas— se le deja o se le debe dejar hacer lo que es capaz de ser o hacer, sin que en ello interfieran otras personas". El segundo sentido, que llamaré "positivo", es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta de "qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra [...] libertad en este sentido significa estar libre de: que no interfieran en mi actividad más allá de un límite, que es cambiante, pero siempre reconocible". BERLIN. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, 220 y 26. Los liberales originales, defienden un concepto de negativo de libertad, "(S)er libre en este sentido quiere decir para mí que otros no se interpongan en mi actividad". BERLIN. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, 222. Sin embargo, libertad "negativa" no es, como ha sido definida por algunos, la posibilidad de hacer lo que se quiera, porque entonces podría enseñárselo al hombre a no querer, a reprimir sus deseos, y se lo haría entonces más "libre"; adoptando esta definición sería posible justificar gobiernos tiránicos que son radicalmente antiliberales. Para un recuento de la evolución del concepto de libertad en la sociedad occidental desde un punto de vista filosófico, véase BERLIN. *Cuatro ensayos sobre la libertad*.

- 27 HAYEK. *The Road to Serfdom*, pp. 17 y 18.
- 28 Traducción del autor. FRIEDMAN. *Capitalism and Freedom*, p. 6.
- 29 En adelante, las palabras "liberal", "liberalismo", "libertad", se deben entender en su sentido original, tal y como se explica en la introducción.
- 30 Según la definición propuesta por RONALD DWORKIN, los valores son preferencias intersubjetivas de carácter axiológico, es decir, identifican qué es lo bueno para unos, en un momento en el tiempo. En este sentido temporal, los valores pueden ser ligados al concepto de paradigma que también explica DWORKIN. "Ciertas soluciones interpretativas [...] son muy populares durante una época, y su popularidad, ayudada por la inercia intelectual normal, alienta a los jueces para que las adopten para todo propósito práctico. Son los paradigmas o quasi-paradigmas de su época".
- 31 Durante mucho tiempo puede que estos paradigmas no sean cuestionados por nadie, incluso los jueces, pero "de repente lo que parecería inobjetable es objetado, se desarrolla una interpretación nueva [...] los

- paradigmas se rompen y surgen nuevos paradigmas". Exactamente lo mismo sucede con los valores; al ser preferencias intersubjetivas, son variables, pueden cambiar y reevaluarse con el tiempo, es más, dentro de un mismo momento, diferentes grupos de personas pueden tener diferentes valores. Para un estudio completo del significado de "valor", así como también de principios, directrices políticas, derechos y moralidad suplitica. Véase RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*, MARTA GUASTAVINO (trad.), Ariel Derecho, Barcelona, Editorial Ariel, 1984, y RONALD DWORKIN. *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- 32 En el pie de página 25 se desarrolla brevemente la discusión entre las dos nociones básicas de libertad: libertad positiva y libertad negativa.
- 33 La Corte Constitucional, en sentencia C-221 de 1992, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO ha definido la igualdad dentro del Estado Social de Derecho en los siguientes términos: "Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas, ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano. Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se debe adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta". *Ibíd.*
- 34 MILTON FRIEDMAN y ROSE FRIEDMAN. *Libertad de Elegir*, CARLOS ROCHA PUJOL (trad.), Barcelona, Ediciones Grijalbo, 1980, p. 190.
- 35 *Ibíd.*, pp. 192 y 193.
- 36 *Ibíd.*, p. 193.
- 37 Traducción del autor. HAYEK. *The Road to Serfdom*, p. 113.
- 38 ANDRÉ COMTE-SPONVILLE. *Diccionario Filosófico*, JORDI TERRÉ (trad.), Barcelona, Paidós Contextos, 2003, pp. 303-04.
- 39 Traducción del autor. HAYEK. *The Road to Serfdom*, p. 112.
- 40 Para una definición y explicación extensa de lo que son las reglas de conducta justa, véase HAYEK. "Individualismo: el verdadero y el falso".
- 41 *Ibíd.*
- 42 *Ibíd.*
- 43 BERLIN. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, p. 223.
- 44 GABRIEL ZANOTTI. "Persona humana y libertad", en [<http://www.hacer.org/library.php>].
- 45 "Liberalismo y democracia, aunque compatibles, no son lo mismo, al primero le incumbe la *extensión* del poder gubernamental; al segundo *quién* detenta este poder. La diferencia se advierte mejor si consideramos sus opuestos; el opuesto de liberalismo es totalitarismo, mientras que el opuesto de democracia es autoritarismo. En consecuencia, al menos en principio, es posible que un gobierno democrático pueda ser totalitario y que un gobierno autoritario pueda actuar sobre la base de principios liberales". HAYEK. "Individualismo: el verdadero y el falso".
- 46 "Para que evolucionara la democracia, fue necesario primero que la sociedad reconociera que estaba compuesta de millones de individuos y no de grupos sin diferencia que simplemente se clasificaban según la ocupación y el estatus social". PAUL JONSON. "¿Existe una base moral para el capitalismo?", consultado en [<http://www.hacer.org/library.php>].
- 47 "Unanimity is of course, an ideal. In practice, we can afford neither time nor the effort that would be required to achieve complete unanimity on every issue. We must per force accept something else. We are thus led to accept majority rule in one form or another as an expedient. That majority rule is an expedient rather than itself a basic principle is clearly shown by the fact that our willingness to resort to majority rule, and the size of the majority we require, themselves depend on the seriousness of the issue involved". FRIEDMAN. *Capitalism and Freedom*, p. 24.
- 48 Véase HAYEK. *The Road to Serfdom*, pp. 68 y ss.
- 49 "Pese a que la preocupación de los autores liberales clásicos era la libertad personal como ausencia de coacción, no podemos decir que se desentendían del problema de las necesidades materiales. Muy por el contrario, según ellos, la ciencia económica demuestra

- que el bienestar de los miembros de una comunidad es considerablemente mayor cuanto más respetada es la libertad de la persona humana o "cuanto más amplio es el orden espontáneo de las interacciones individuales". Es decir, que una mayor libertad de coacción dará como resultado una mayor libertad de la necesidad al reducir o mitigar la escasez de bienes materiales. El mecanismo económico para aumentar la libertad personal es el opuesto al marxismo: la extensión de la propiedad privada; el mecanismo político: el sistema republicano". ALEJANDRO CHAFUÉN. "La economía y la filosofía de la libertad", consultado en [<http://www.hacer.org/library.php>].
- 50 JOHN LOCKE. *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976, p. 395, en GALLO. "Notas sobre el liberalismo clásico", consultado.
- 51 Véase FRIEDMAN Y FRIEDMAN. *Libertad de elegir*, p. 28.
- 52 NORTH. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 13.
- 53 Para un recuento y un análisis detallado de las diversas nociones de "institución", véase RICHARD R. NELSON y BHAVEN N. SAMPAT. "Las instituciones como factor que regula el desempeño económico", *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- 54 Véase PARADA. "Economía institucional original y nueva economía institucional: semejanzas y diferencias", pp. 98 y 103.
- 55 ERNESTO CÁRDENAS y JAIR OJEDA. "La nueva economía institucional y la teoría de la implementación", *Revista de Economía Institucional*, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 155.
- 56 PARADA. "Economía institucional original y nueva economía institucional: semejanzas y diferencias", p. 102. La definición original de costos de transacción puede encontrarse en COASE. "The Firm, the Market and the Law", p. 6.
- 57 CÁRDENAS y OJEDA. "La nueva economía institucional y la teoría de la implementación", p. 155.
- 58 Esto es cierto para la tradición continental del derecho que es propia de nuestro ordenamiento, puesto que desde la óptica del *common law*, las reglas informales cobran una importancia fundamental por su potencialidad de convertirse en reglas de derecho en estricto sentido.
- 59 NORTH. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 68.
- 60 Véase COASE. "The Firm, the Market and the Law", pp. 11 y ss.
- 61 GALLO. "Notas sobre el liberalismo clásico".
- 62 Traducción del autor. FRIEDMAN Y FRIEDMAN. *Libertad de Elegir*, cit., p. 49.
- 63 FRIEDMAN. *Capitalism and Freedom*, pp. 1 y 2.
- 64 "No se puede prescindir del poder, claro está, [...] Pero sí se puede frenarlo y contrapesarlo para que no se exceda, usurpe funciones que le competen y arrolle al individuo, ese personaje al que los liberales consideramos la piedra miliar de la sociedad y cuyos derechos deben ser respetado y garantizados porque, si ellos se ven vulnerados, inevitablemente se desencadena una serie multiplicada y creciente de abusos que, como la sondas concéntricas, arrasan con la idea misma de la justicia social". VARGAS LLOSA. "¿Qué significa ser liberal?".
- 65 ADAM SMITH. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, GABRIEL FRANCO (trad.), 2.<sup>a</sup> ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1997, 9.<sup>a</sup> reimpr., pp. 612 y 613.
- 66 Son fallas de mercado aquellas situaciones en las cuales el mercado no los repartir los recursos eficientemente. Por eficiencia se entiende "las características de una situación en la que no hay posibilidad de mejorar el bienestar de un individuo sin perjudicar el bienestar de, por lo menos, algún otro". MARÍA CARMEN GALLASTEGUI. "Los fallos del mercado (I)", en *Enciclopedia práctica de economía*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1983, p. 161.
- 67 A continuación dos definiciones de externalidad o efecto de vecindad: "We call an externality [...] an effect on one agent's actions on the welfare of another". FRANK HAHN. *Equilibrium and Macroeconomics*, Cambridge, MIT Press, 1984, pp. 111-33. "An externality is more usually defined as the effect on one's persons decision on someone who is not a party to that decision". HAHN. *Equilibrium and Macroeconomics*, p. 24.
- 68 Monopolio natural o técnico es "[e]l que resulta de la imposibilidad de existencia de dos o más productores (por ejemplo porque existe un solo yacimiento de primera materia). Se aplica también a los monopolios que resultan de la existencia de economías de escala, a consecuencia de las cuales los costes medios serían muy elevados si hubiese más de una empresa productora". ÁNGEL ORTÍ LAHOZ. "Mercados no competitivos (I)", en *Enciclopedia práctica de economía*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1983, p. 59.
- 69 De esta forma, haciendo analogía con un jue-

- go, el gobierno debe asumir la función de árbitro y no de jugador. FRIEDMAN Y FRIEDMAN. *Libertad de Elegir*, cit., p. 19.
- 70 *Ibíd.*, pp. 49 y ss.
- 71 "[...] un cuarto deber del gobierno que ADAM SMITH no mencionó explícitamente, es el de proteger a los miembros de la comunidad que no se pueden considerar como individuos "responsables". Lo mismo que el tercer deber de ADAM SMITH, el cuarto puede también dar lugar a grandes abusos. Con todo, no se le puede dejar de lado": *ibíd.*, p. 54.
- 72 Traducción del autor. HAYEK. *The Road to Serfdom*, pp. 84 y 85.
- 73 "El liberalismo es, entonces, lo mismo que la demanda de un Estado de derecho en el sentido clásico del término, de acuerdo con el cual las funciones correctivas del gobierno están estrictamente limitadas a la ejecución de reglas de derecho uniformes, queriendo significar reglas uniformes de conducta justa hacia cada uno de los individuos". HAYEK. "Individualismo: el verdadero y el falso".
- 74 CARLOS RODRÍGUEZ BRAUN. "Elogio al mercado", en [<http://www.hacer.org/library.php>].
- 75 Para un análisis más amplio del enfoque neoinstitucional de los efectos de vecindad, véase *ibíd.*
- 76 En COASE puede leerse el desarrollo completo de este argumento. Véase COASE. "The Firm, the Market and the Law".
- 77 "(E)l Estado debería proporcionar solamente una estructura en la cual la libre colaboración de los hombres [...] tenga el máximo campo". HAYEK. "Individualismo: el verdadero y el falso", consultado.
- 78 Aunque de nuevo, el Estado provee la mayoría de las instituciones formales.
- 79 Traducción del autor. COASE. "The Firm, the Market and the Law", p. 9.
- 80 Traducción por el autor. HAYEK. *The Road to Serfdom*, pp. 43-45.
- 81 En teoría, la espontaneidad de los productos sociales se deriva directamente de la libertad de los individuos; así, si los hombres actúan libremente, bajo el supuesto de que son guiados únicamente por el deseo de satisfacer sus propias necesidades, se formará por sí mismo, y sin que ninguno de ellos lo haya planeado, un orden social que aprovecha mejor las actividades humanas y los productos que pueden conseguirse mediante las mismas, que una organización planeada o concebida de forma deliberada. La espontaneidad del orden social, desde tiempos de ADAM SMITH, es comparada a una mano invisible: "Ninguno se propone, por lo general, promover el interés público, ni saber hasta que punto lo promueve. Cuando prefiere la actividad económica de su país a la extranjera, únicamente considera su seguridad, y cuando dirige la primera de tal forma que su producto represente el mayor valor posible, solo piensa en su ganancia propia; pero en este como en muchos otros casos, es conducido por una mano invisible a promover un fin que no entra en sus intenciones". SMITH. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, p. 402.
- 82 RODRÍGUEZ BRAUN. "Elogio al mercado".
- 83 "La más famosa metáfora sobre el mercado, la de la 'mano invisible', hace referencia a esta característica complejidad. Por desgracia, y tal como suele suceder con las metáforas en las ciencias sociales, ha transmitido una noción equivocada, al haberse puesto énfasis en la imagen de una mano, de algo o alguien que maneja y coordina el sistema económico. En la metáfora, en realidad, lo importante es el adjetivo, no el sustantivo; lo relevante es percibir que la complejidad del orden económico moderno hace que sea imposible su control": *ibíd.*
- 84 HAYEK. "Individualismo: el verdadero y el falso".
- 85 *Ibíd.*
- 86 "En el análisis tradicional de los mercados que realizan los economistas donde los productos se compran y se venden, la competencia empuja los precios hacia abajo al nivel de los costos de producción, incluyendo las ganancias normales. Puesto que si los precios exceden los costos las ganancias anormales que se producen como resultado de vender unidades adicionales estimularán a los competidores a bajar sus precios para atraer clientes. De este modo, la presión de la competencia sobre los precios continúa hasta que equivalen a sus respectivos costos. Esta tendencia entre precios y costos explica por qué los economistas concluyen que la competencia es eficiente". GARY S. BECKER. "La naturaleza de la competencia", [<http://www.hacer.org/library.php>].
- 87 RODRÍGUEZ BRAUN. "Elogio al mercado".
- 88 *Ibíd.*
- 89 *Ibíd.*
- 90 HAYEK. "Individualismo: el verdadero y el falso", consultado.
- 91 Traducción del autor. FRIEDMAN. *Capitalism and Freedom*, p. 13.
- 92 Traducción del autor. COASE. "The Firm, the Market and the Law", p. 7.
- 93 Provee como vimos reglas o instituciones formales.

- 94 Traducción del autor. CHARLES A. REICH. "The New Property", en *American Law and the Constitutional Order, Historical Perspectives*, LAWRENCE M. FRIEDMAN y HARRY N. SCHEIBER (eds.), Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, p. 398.
- 95 Véase SMITH. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*.
- 96 Se trata de una relación recíproca o circular, que se asemeja al conocido problema "del huevo y la gallina".
- 97 El término en inglés es *allocation*.
- 98 Traducción del autor. JEREMY WALDRON. *The Right to Private Property*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 32.
- 99 *Ibíd.*
- 100 Los otros dos sistemas ampliamente conocidos para resolver este problema son el sistema de propiedad colectiva, y el sistema de propiedad comunal.
- 101 Traducción del autor. WALDRON. *The Right to Private Property*, pp. 38 y ss.
- 102 Los tres sistemas básicos para resolver la asignación de recursos son ideales en el sentido de que no se encuentran en estado puro en ninguna sociedad. Esto se debe a que hay ciertos recursos sobre los cuales parece natural aplicar cierto sistema de propiedad. El aire por ejemplo, tiene como solución obvia la propiedad comunal, las carreteras la propiedad colectiva y la ropa interior la propiedad privada. Véase *ibíd.*, pp. 31, 47, 52 y 61.
- 103 *Ibíd.* y JEREMY WALDRON. *Liberal Rights. Collected Papers. 1981-1994*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- 104 HAYEK. "Individualismo: el verdadero y el falso".
- 105 Al análisis económico del derecho le concierne: 1. la determinación de los efectos de las normas jurídicas; y 2. La evaluación de lo deseable o no de los efectos de ciertas normas jurídicas con respecto a ciertas definiciones de bienestar social. Bajo un análisis económico del derecho hay dos tipos de preguntas que se abordan: las descriptivas, que tienen que ver con los efectos de las normas jurídicas en los comportamientos y en resultados, las evaluativas, que tienen que ver con lo deseable de ciertos efectos de las normas. Para contestar estas preguntas se utiliza un análisis económico en general a saber: se presume que los individuos y las empresas se comportan de manera racional y el marco de la economía de bienestar es adoptado para responder a resultados deseables socialmente. Véase STEVEN SHAVELL. "Economic Analysis of Law", paper presented at the Discussion Paper, Harvard Law School, 2000).
- 106 *Ibíd.*
- 107 REICH. "The New Property".
- 108 "[...] the system of private property is the most important guaranty of freedom, not only for those who own property, but scarcely less for those who do not. It is only because the control of the means of production is divide among many people acting independently that nobody has complete power over us, that we as individuals can decide what to do with ourselves. If all the means of production were vested in a single hand, whether it be nominally that of "society" as a whole or that of a dictator, whoever exercises this control has complete power over us". HAYEK. *The Road to Serfdom*, p. 115.
- 109 JOHNSON. "¿Existe una base moral para el capitalismo?".
- 110 "[...] en orden a propiciar esa pacífica colaboración en la que descansa el bienestar de todos sólo es posible en la medida en que se respete el principio de la inviolabilidad de la propiedad. La afirmación "no puede haber justicia donde no hay propiedad" es una proposición tan indiscutible como cualquier teorema euclidiano. En efecto, radicando el concepto de propiedad en el derecho a poseer e implicando el de injusticia la invasión o violación de tal derecho, es evidente que de dichos conceptos y definiciones se deriva necesariamente la verdad de la anterior proposición, y ello con la ineluctabilidad que nos permite afirmar que los tres ángulos de un triángulo suman dos rectos". HAYEK. "Individualismo: el verdadero y el falso". En este ensayo puede encontrarse un breve resumen del surgimiento histórico de la propiedad privada como institución.
- 111 *Ibíd.*
- 112 FRIEDMAN. *Capitalism and Freedom*, p. 27.
- 113 LEÓN DUGUIT. *Las Transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Francisco Beltrán, 1920, pp. 21 y 22.
- 114 Sin embargo, es preciso recordar que fue esta línea de pensamiento racionalista la que desarrolló un concepto dual de libertad (positiva vs negativa), y, en consecuencia, marcó una nueva línea de pensamiento liberal ("falso individualismo" o "falso liberalismo", según HAYEK.
- 115 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 4.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Temis, 1994, pp. 7 y 8.

- 116 Gran parte de la normatividad a la que se hará referencia pertenece al Código Civil colombiano, que el cualquier caso, proviene de la tradición jurídica iniciada en el Código Napoleónico de 1804.
- 117 CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Principios de Derecho civil*, t. 1, 2.ª ed., Madrid, Trivium, 1993, p. 33.
- 118 No sobre aclarar que el derecho civil, al tratar lo referente a la esfera de poder de las personas, se circunscribe en el ámbito del derecho privado, y es por así decirlo un derecho privado general. Véase *ibíd.*, p. 36.
- 119 "En resolución a voluntad individual, mirada en sí misma y a través de su ejercicio efectivo, a través de su declaración, y condicionada de antemano por la ley, es el factor predominante destinado a regular las relaciones jurídicas de carácter privado". JOSÉ A. BUTELER CÁCERES. *Manual de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma, 1979, pp. 210 y 211.
- 120 DUGUIT. *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, pp. 69 y 70.
- 121 En el cual, se recuerda, suceden intercambios de derechos.
- 122 Art. 1502, C. C. colombiano.
- 123 ALBERTO TRABUCCHI. *Instituciones de derecho civil*, vol. II, Madrid, Edit. Revista Derecho Privado, 1967, p. 164.
- 124 LASARTE ÁLVAREZ. *Principios de Derecho civil*, t. I, p. 447.
- 125 Art. 1602, C. C. colombiano.
- 126 "[...] la fuerza obligatoria del contrato llega como una consecuencia de la libertad para (o de) contratar y de la libertad contractual. A la libertad sigue la antítesis, la sujeción, la fuerza obligatoria del contrato: quienes han ejercido la libertad, se someten a la no-libertad, a la obligación (autoobligarse) (sic) [...]". ALBERTO G. SPOTA. *Instituciones de derecho civil. Contratos*, vol. 1, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 25.
- 127 OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, p. 316.
- 128 ALFONSO DE COSSÍO. *Instituciones de derecho civil 1*, Madrid, Alianza Universidad-Textos, 1977, p. 100.
- 129 Para un descripción breve pero completa de la evolución histórica-jurídica del derecho de propiedad y sus distintas interpretaciones (liberal, conservadora y marxista), véase HANS HATTENHAUER. *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Barcelona, Ariel Derecho, 1987.
- 130 GALBRAITH. *Historia de la economía*.
- 131 HATTENHAUER. *Conceptos fundamentales del derecho civil*, p. 114.
- 132 ALBERTO TRABUCCHI. *Instituciones de derecho civil*, vol. I, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1967, p. 420.
- 133 La propiedad sobre incorporeales es un desarrollo legal muy posterior a pesar de que el mismo Código, en el artículo 670 admite que hay una especie de propiedad sobre este tipo de bienes.
- 134 MARIO ROTONDI. *Instituciones de derecho privado*, 6.ª ed., Barcelona, Edit. Labor, 1953, p. 203.
- 135 DUGUIT. *Las Transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, pp. 174 y 75.
- 136 NORTH. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*.
- 137 En mi concepto, y según es propuesto por los verdaderos liberales, la libertad debe ser el valor prioritario en una sociedad, aunque obviamente no el único.
- 138 "It needs to be realized that, when economist study the working of the economic system, they are dealing with the effects of individuals' or organizations' actions on others operating within the system [...]. The aim of economic policy is to ensure that people, when deciding which course of action to take, choose that which brings about the best outcome for the system as a whole [...] Since, by and large, people choose to perform those actions which they think will promote their own interests, the way to alter their behavior in the economic sphere is to make it in interest to do so. The only means available to the government for doing this (apart from exhortation, which is commonly ineffective) is a change in the law or its administration [...] Economic policy involves a choice among alternative social institutions, and these are created by the law or re dependant on it". COASE. "The Firm, the Market and the Law", pp. 27 y 28.
- 139 No obstante el Estado bienestar realmente surgió en Alemania con OTTO VON BISMARCK a finales del siglo XIX, la llegada del Estado bienestar a Estados Unidos, marca en definitiva su consolidación como modelo institucional para la gran parte del siglo XX. Para un recuento histórico de los fenómenos económicos que produjeron esta transformación, véase GALBRAITH. *Historia de la economía*, y FRIEDMAN Y FRIEDMAN. *Libertad de Elegir*.
- 140 "KEYNES [...] ofreció una teoría alternativa. La revolución keynesiana no sólo prendió en la profesión, sino que suministró también una justificación atractiva para una serie de medidas que condujeron a una amplia intervención pública". FRIEDMAN Y FRIEDMAN. *Libertad de*

- Elegir*, p. 106.
- 141 Para un análisis detallado de cómo las surgieron las ideas de KEYNES y cómo influyeron en las políticas gubernamentales, véase, GALBRAITH. *Historia de la economía*.
- 142 Entre las nuevas soluciones propuestas obviamente se encontraba el socialismo, una versión mucho más radical de este postulado que propendía por una planeación total y consciente de la actividad económica. HAYEK expone cómo a pesar de que el socialismo ha sido derrotado por la realidad, muchas de sus concepciones han penetrado el pensamiento económico y político: "Yet though hot socialism is probably a thing of the past, some of its conceptions have penetrated far too deeply into the whole structure of current thought to justify complacency. If few people in the Western world now want to remake society from the bottom according to some ideal blueprint, a great many still believe in measures which, though not designed completely to remodel the economy, in their aggregated effect may well unintentionally produce this result [...] That hodgepodge of ill-assembled and often inconsistent ideals which under the name of Welfare State has largely replaced socialism as the goal of the reformers needs very careful sorting-out its results are not to be very similar to those of full-fledged socialism". HAYEK. *The Road to Serfdom*, p. xxxiv. De igual manera FRIEDMAN explica que aunque los ensayos socialistas alrededor del mundo resultaron en su gran mayoría, en enormes fracasos, continuó la presión para un mayor crecimiento del Estado; sin embargo, esta presión se desplazó en un sentido distinto. "The emphasis shifted to indirect regulations of supposedly private enterprises and even more to governmental transfer programs, involving extracting taxes from some in order to make grants to others—all in the name of equality and the eradication of poverty [...]". MILTON FRIEDMAN. "Introduction to the Fiftieth Anniversary Edition of 'The Road to Serfdom'", en *The Road to Serfdom*, 1994, The University of Chicago Press, 1994, p. xiii.
- 143 "It is important to try to picture the society that is emerging, and to seek its underlying philosophy. The dominant theme, as we have seen, is 'the public interest,' and out of it grows the 'public-interest state'". REICH. "The New Property".
- 144 ALBERTO SUPELANO. "Editorial", *Revista de Economía Institucional Universidad Externado de Colombia*, 2005, pp. 3 y 4.
- 145 Esta discusión puede encontrarse en GALBRAITH. *Historia de la economía*.
- 146 FRIEDMAN Y FRIEDMAN. *Libertad de elegir*, cit., pp. 30 y ss.
- 147 La tentación de hacer uso de la intervención estatal es comprensible si se considera que los efectos a corto plazo de la regulación estatal suelen ser directos, efectivos y rápidos; sus consecuencias a largo plazo son difíciles de percibir y aparecen gradualmente; la soluciones de mercado, aunque realmente efectivas, suelen tomar un tiempo más largo y suelen tener efectos inmediatos. Por otro lado, si el Estado actúa con miras a resolver determinada situación y ésta no se resuelve, o se resuelve en sentido contrario al deseado por algunos, los ciudadanos siempre encontrarán alguien a quien culpar, mientras que si se deja actuar al mercado, y se está insatisfecho con sus resultados, no hay nadie a quien culpar; la mano invisible, es al fin y al cabo, invisible.
- 148 En el tema de la solución de las externalidades, véase COASE. "The Firm, the Market and the Law", pp. 26 y 27.
- 149 GALBRAITH. *Historia de la economía*, p. 291.
- 150 Véase JOSÉ EDUARDO FARIA. "Economía y derecho: en el cruce de dos épocas", en *La mano visible del mercado, derecho y economía*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2000.
- 151 RUDIGER DORNBUSCH. *Las claves de la prosperidad: mercados libres, moneda estable y un poco de suerte*, MARGARITA CÁRDENAS (trad.), Bogotá, Edit. Norma y Universidad de los Andes, 2004, p. 50.
- 152 FRIEDMAN opina que el despilfarro no es el mayor de los males del Estado de bienestar: "(E)l despilfarro es angustiante, pero constituye el menor de los males de los programas paternalistas que han crecido hasta alcanzar este enorme volumen. El peor mal consiste en el efecto que estos planes tienen sobre el tejido de nuestra sociedad. Tales proyectos debilitan la familia; reducen el incentivo al trabajo, al ahorro y a la innovación; impiden la acumulación de capital y limitan nuestra libertad". FRIEDMAN Y FRIEDMAN. *Libertad de elegir*, cit., p. 180.
- 153 FARIA. "Economía y derecho: en el cruce de dos épocas", pp. 17 y 25.
- 154 FARIA también explica extensamente este fenómeno y provee valiosa bibliografía sobre el mismo. Véase *ibid*.
- 155 DORNBUSCH. *Las claves de la prosperidad: mercados libres, moneda estable y un poco de suerte*, p. 45.
- 156 A esto se refiere FARIA cuando habla del en-

- trencruzamiento entre dos eras económicas. Véase FARIA. "Economía y derecho: en el cruce de dos épocas".
- 157 Es decir, se trata de actividades que según los capítulos anteriores, en principio no están asignadas al Estado; no se trata de tareas encomendadas a la solución de defectos de mercado como externalidades o monopolios técnicos.
- 158 Véase FRIEDMAN Y FRIEDMAN. *Libertad de elegir*, cit., pp. 330 y ss.
- 159 Véase Ley 80 de 1993.
- 160 Haciendo referencia al caso norteamericano en el tema de los subsidios, CHARLES REICH dice: "We have come to accept the idea of public subsidy of business when it is needed. The transportation industry is dependent on public assistance; airlines are subsidized on many short hauls; shipping is directly subsidized and indirectly aided by laws favoring the American flag; trucking is aided by public roads and protected from competition; rail transportation is beginning to receive aid. Second class mail rates are essential subsidy for the magazine and periodical industry. Homeowners are given many types of financial guarantees and assistance. Farmers have been the beneficiaries of a public assistance program for many years. Many subsidies are less obvious or less well known but not less important. They include the supplying of facilities such as airports for airline industry and docks for the shipping industry, resources such as hydroelectric sites for private power companies, the channels of the radio spectrum for radio and television, and the airways for the air transportation industry. Intellectual activity, especially scientific research is also subsidized. Perhaps the biggest subsidies of all are some of our tax exemptions". CHARLES A. REICH. "Social Welfare in the Public-Private State", *University of Pennsylvania Law Review* 1965-1966, pp. 488-89.
- 161 Este argumento se encuentra también en CHARLES A. REICH. "Social Welfare...".
- 162 En la teoría económica se habla de "rentas cautivas" que son precisamente las que derivan de la regulación. Un ejemplo es el arancel de aduanas, que al elevar el precio de las mercancías a favor de los productores nacionales, las encarecen para los consumidores. El diferencial de precios resultante es una renta de este tipo, al margen de que sea justificado o no que ese arancel exista.
- 163 Para REICH estas relaciones contemporáneas del individuo y el Estado, son similares a la relación de vasallaje entre vasallo y señor en la Edad Media. Véase REICH. "The New Property".
- 164 Es curioso cómo si hay valor creado por el Estado, que no requiere del funcionamiento del mercado, no hay necesidad de suponer la propiedad privada, y efectivamente en esta dinámica, la propiedad privada no existe como tal, es éste el punto que deseo señalar.
- 165 Un ejemplo real de cómo la regulación crea desvalor puede encontrarse en FRIEDMAN Y FRIEDMAN. *Libertad de elegir*, cit., p. 296.
- 166 *Ibid.*, pp. 98 a 100.
- 167 "Economic arrangements play a dual role in the promotion of a free society. On the one hand, freedom broadly understood, so economic freedom is an end in itself. In the second place, economic freedom is also an indispensable means toward the achievement of political freedom [...] Viewed as a means to the end of political freedom, economic arrangements are important because of their effect on the concentration or dispersion of power. The kind of economic organization that provides economic freedom directly, namely, competitive capitalism, also promotes political freedom because it separates economic power from political power and in this way enables the one to offset the other". FRIEDMAN. *Capitalism and Freedom*, pp. 8 y 9.
- 168 No todas las intervenciones del Estado limitan la libertad del individuo en una connotación negativa, recuérdese que para un verdadero liberal los límites son inherentes a la noción de libertad dentro de una sociedad. Se ha dicho por ejemplo, que las *intervenciones indirectas generales* son indispensables para el funcionamiento adecuado del mercado, son necesarias como marco para el intercambio voluntario de los individuos. Puede decirse además, que las intervenciones que reducen los costos de transacción en alguna medida, son por regla general beneficiosas para el mercado.
- 169 CHARLES A. REICH. "Constitutional Transformation: New Wrongs, New Rights", *University of San Francisco Law Review* 1987-1988.
- 170 FRIEDMAN Y FRIEDMAN. *Libertad de Elegir*, p. 271.
- 171 Para un esquema simple que explica la tipología de gasto, véase *ibid.*, p. 169.
- 172 *Ibid.*
- 173 Para entender los principales resultados de la inactividad del derecho en algunas áreas, véase REICH. "Constitutional Transformation: New Wrongs, New Rights".
- 174 Véase REICH. "The New Property", pp. 408 y 409.

175 En ejemplo práctico que demuestra la mencionada asincronía tiene que ver con la expropiación. Digamos que X, quien trabaja como taxista, tiene una casa donde vive con su familia. Por disposición constitucional, el Estado colombiano no puede despojar a X de su casa sin indemnización previa, sin embargo, sí podría retirarle sin indemnización su licencia de conducir, que para él constituye valor y que hace parte indispensable de su supervivencia, pues esta no se considera propiedad.

176 De nuevo, no todas las intervenciones del Estado en materia económica son inadecuadas en aras de preservar la libertad, es más, muchas de ellas son incluso necesarias para

lograr este objetivo. Sin embargo, la línea divisoria entre cuándo se debe o no intervenir es realmente tenue, tanto así que no puede establecerse de manera científica, y depende por tanto en últimas, de las preferencias políticas.

177 El liberalismo clásico, como creo que casi todas las teorías en el área de las ciencias sociales, no puede encontrarse de forma pura ni en el mundo actual, ni en el pasado. Creo sin embargo que esta constatación no la invalida, mucho menos si se le considera como he intentado hacerlo, no como un dogma, sino como una herramienta analítica, como punto de partida para un diagnóstico y un examen de la realidad.

