

# REGLAS SIMPLES PARA UN MUNDO COMPLEJO

RICHARD A. EPSTEIN  
Profesor James Parker Hall de la  
Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago



ius et veritas  
QUINCE AÑOS

Pontificia Universidad Católica del Perú  
Fondo Editorial 2005

## SOBRE EL AUTOR

Richard A. Epstein es PhD *summa cum laude* por la Universidad de Columbia. Desde 1973 es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, y desde 1982 lo es con el grado de profesor distinguido James Parker Hall. Entre 1981 y 1991 fue editor del *Journal of Legal Studies*. Es miembro de la Academia Americana de Artes y Ciencias. Actualmente, el doctor Epstein es uno de los representantes más notables de la Escuela de Chicago del Análisis Económico del Derecho —cuna de la mayor cantidad de premios Nobel en las tres últimas décadas— y uno de los más autorizados pensadores de los últimos tiempos. Desde el 2004, es miembro del Comité Consultivo Internacional de *Ius et Veritas*. Ha publicado libros como *Torts* (1999); *Principles for a Free Society: Reconciling Individual Liberty with the Common Good* (1998); *Mortal Peril: Our Inalienable Right to Health Care?* (1997), *Bargaining with the State* (1993), *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws* (1992), y *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (1985), entre otros.

En el Perú, el autor ha publicado cuatro de sus más interesantes ensayos en la revista *Ius et Veritas*: «Los peligrosos reclamos del Movimiento Promotor de los Derechos de los Animales», «¿Son los valores inconmensurables o es la utilidad la rectora del mundo?», «¿Externalidades por doquier? La moral y el poder político» y «Libertario por accidente», publicados en las ediciones 21, 23, 25 y 27, respectivamente.



REGLAS SIMPLES  
PARA UN  
MUNDO COMPLEJO



REGLAS SIMPLES  
PARA UN  
MUNDO COMPLEJO

Richard A. Epstein



**ius et veritas**  
QUINCE AÑOS

Pontificia Universidad Católica del Perú  
Fondo Editorial 2005



*Reglas simples para un mundo complejo*

Título original: *Simple Rules for a Complex World*

Primera edición en inglés: Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995.

Primera edición en castellano, mayo de 2005

Tiraje, 700 ejemplares

© Richard A. Epstein

Traducción:

Fernando Correa Salas

Álvaro Díaz Bedregal

Alfonso Montoya Stahl

Juan Manuel Robles Montoya

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005

Plaza Francia 1164, Lima 1 - Perú

Teléfonos: (51 1) 330-7410, 330-7411

Fax: (51 1) 330-7405

Correo electrónico: [feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

Dirección URL: [www.pucp.edu.pe/publicaciones/fondo\\_ed/](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones/fondo_ed/)

Diseño de cubierta: Edgard Thays

Diagramación de interiores: Juan Carlos García M.

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,  
sin permiso expreso de los editores.*

ISBN 9972-42-704-8

Hecho el depósito legal 2005-2872 en la Biblioteca Nacional del Perú

Impreso en el Perú – Printed in Peru

*A la memoria de Walter J. Blum,  
amigo y colega, para quien, en el Derecho,  
el 95 por ciento fue perfección.*





# Índice

<b>Presentación</b>	11
<b>Prefacio a la edición en castellano</b>	13
<b>Prefacio a la primera edición</b>	19
<b>Introducción: Demasiados abogados, demasiadas leyes</b>	25
<b>Primera parte: Adentrándonos en la complejidad</b>	43
Capítulo 1: Las virtudes de la simplicidad	45
Capítulo 2: Los enemigos de la simplicidad	61
<b>Segunda parte: Las reglas simples</b>	73
Capítulo 3: Autonomía y propiedad	75
Capítulo 4: Contratos	93
Capítulo 5: Responsabilidad civil extracontractual	113
Capítulo 6: Necesidad, coordinación y compensación justa	133
Capítulo 7: Tomar y pagar	149
<b>Tercera parte: Las reglas en acción</b>	169
Capítulo 8: Contratando trabajo	171
Capítulo 9: Discriminación en el trabajo y valor comparable	191
Capítulo 10: Responsabilidad profesional por pérdidas financieras	213
Capítulo 11: Los orígenes de la ley de responsabilidad por productos defectuosos	229
Capítulo 12: La situación actual de la responsabilidad por productos defectuosos	243
Capítulo 13: La vida interna de la empresa	265
Capítulo 14: La empresa y el mundo	283
Capítulo 15: Protección ambiental y propiedad privada	295
<b>Conclusiones: Los desafíos a las reglas simples</b>	325



## Presentación

*IUS ET VERITAS*, revista editada semestralmente por la Asociación Civil del mismo nombre, fue uno de los primeros escenarios de difusión en el Perú de diversos artículos pertenecientes a la corriente del *Law & Economics* o Análisis Económico del Derecho. Gracias a la iniciativa de algunos profesores peruanos que tomaron contacto con esta corriente en sus estudios de posgrado en los Estados Unidos, fue posible traducir y publicar textos de autores como Guido Calabresi, William M. Landes, Richard A. Posner y Ronald H. Coase, por citar algunos. Entre los textos publicados también pueden mencionarse algunos del profesor Richard A. Epstein: «Los peligrosos reclamos del Movimiento Promotor de los Derechos de los Animales», «¿Son los valores inconmensurables o es la utilidad la rectora del mundo?» y «¿Externalidades por doquier? La moral y el poder político», publicados en las ediciones n.ºs 21, 23 y 25 de *Ius et Veritas*, respectivamente.

En paralelo, *Ius et Veritas* estuvo buscando más de una vez ampliar el ámbito en el que difunde la cultura jurídica, más allá de la revista que desde hace trece años viene editando ininterrumpidamente y de los seminarios y cursos que periódicamente realiza y que de por sí constituyen un notable esfuerzo. La edición de *Reglas simples para un mundo complejo* de Richard A. Epstein viene a ser el primer gran logro de la Asociación Civil *Ius et Veritas* en lo que se refiere a dicho esfuerzo.

Y se trata de un logro significativo no solo por tratarse del primer libro editado por la Asociación —en esta ocasión conjuntamente con el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú— sino por tratarse, además, de la primera edición en castellano —en el ámbito— de una de las obras más importantes de la reciente literatura del Análisis Económico del Derecho y, en general, de la literatura jurídica. En efecto, *Reglas simples para un mundo complejo* resume perfectamente el pensamiento jurídico y filosófico del profesor Richard A. Epstein, uno de los representantes más notables de la Escuela de Chicago —cuna de la mayor cantidad de premios Nobel en las tres últimas décadas— y uno de los más autorizados pensadores de los últimos tiempos.



La idea de traducir y publicar el libro en el Perú nació luego de que, hace más de un año, estableciéramos contacto con el profesor Epstein a fin de agradecerle que nos haya permitido traducir y publicar por primera vez en el Perú uno de sus artículos en la revista que editamos. En dicha oportunidad propusimos a este gran jurista seguir editando en nuestra revista periódicamente sus artículos, a fin de continuar difundiendo en nuestro país su lúcido pensamiento, ante lo cual él planteó, «para hacer las cosas en serio», traducir y publicar en el Perú el libro que ahora tenemos el placer de prologar. Posteriormente, nos pusimos en contacto con el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, institución que inmediatamente se mostró interesada en el proyecto y nos prestó todo su apoyo para que este saliera adelante.

Ahora —luego de casi dos años en los que se trabajó arduamente en la traducción y corrección— el proyecto es toda una realidad, y solo queda, de parte de la Asociación Civil *Ius et Veritas*, agradecer a todas aquellas personas que hicieron posible la edición del libro.

En primer lugar, debemos un sincero agradecimiento al propio Richard A. Epstein, quien no solo prestó desinteresadamente su aprobación para la traducción y edición del libro, sino que además fue quien tuvo la iniciativa para ello; a Harvard University Press, por la cesión de los derechos de publicación del libro; al Fondo Editorial, por confiar en *Ius et Veritas* y acompañarnos en esta primera aventura editorial; a Álvaro Díaz Bedregal, miembro activo de nuestra Asociación y el traductor de la obra, por prestarnos en este y muchos otros proyectos su constante y desinteresada ayuda; a Fernando Correa Salas y Juan Manuel Robles Montoya, también destacados miembros de nuestra Asociación y colaboradores en la traducción; y a Annie Ordoñez y Estrella Guerra, miembros del Fondo Editorial, por su invaluable apoyo en la edición del presente libro.

Asimismo, es necesario agradecer a José Juan Haro Seijas, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien nos contactó inicialmente con el profesor Epstein y nos acercó por primera vez a algunos de sus textos; y a los profesores Fernando de Trazegnies Granda, miembro del Consejo Editorial del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Alfonso Montoya Stahl, miembro de nuestra Asociación y profesor de la Facultad de Derecho la Pontificia Universidad Católica del Perú y Alfredo Bullard González, profesor de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios, quienes apoyaron la iniciativa.

Esperamos que la obra sea apreciada en su justa medida por el público lector, y que esta acogida permita que se sigan editando obras de la calidad de la que ahora presentamos.

Lima, noviembre de 2004  
Asociación Civil *Ius et Veritas*

## Prefacio a la edición en castellano

Es un gran placer tener la posibilidad de decir algunas palabras, a manera de introducción, para los lectores de la edición española de este libro. Este libro es, en gran medida, una reacción frente al estilo intelectual dominante en nuestros tiempos. Hoy, los conocimientos académicos en general, y los legales en particular, parten del supuesto de que las reglas legales están sujetas a infinitas variaciones de una sociedad a otra. Ciertamente, es casi un signo de sofisticación señalar la infinita variedad de normas legales particulares existentes en las diferentes sociedades sin una tradición común. El solo hecho de que este libro sea traducido al español (por Álvaro Díaz Bedregal, a quien considero un talentoso colaborador y amigo) constituye una refutación parcial de la teoría común del relativismo cultural y social. Si esa teoría fuera cierta, un autor estadounidense que escribe sobre asuntos legales particulares surgidos en los Estados Unidos no tendría una audiencia de lectores con formación en Derecho en ningún otro lugar. Las disputas locales a las que se refiere este texto, los textos constitucionales y las decisiones judiciales de las que dependen no causarían más que confusión en las mentes de gente de otro continente. Después de todo, sus manos están llenas de disputas políticas y asuntos legales que nacen en sus propias comunidades.

Sin embargo, existen buenas razones para afirmar que este no es el caso. Las disputas legales pueden comenzar con hechos de interés local, pero el proceso de justificación rápidamente conduce a la articulación de principios generales que deben soportar las pruebas tanto de la razón como del tiempo. La primera articulación que observé sobre el conjunto de estándares de bienestar social proviene de Baron Bramwell, en un caso en el que lidió con la responsabilidad de un vecino por quemar mala hierba.<sup>1</sup> Él escribió: «[...] el público consiste en todos los individuos en él, y un objeto solo es para el beneficio público cuando es productor de beneficios para todos aquellos individuos en el balance de pérdidas y ganancias. De esta manera, si todas las pérdidas y ganancias fueran asumidas y recibidas respectivamente por un mismo individuo, él, finalmente,

---

<sup>1</sup> Véase *Bamford v. Turnley*, 122 Eng. Rep. 27, 32-33 (Ex. 1863).

sería el beneficiado». Ese principio puede estar sujeto a refinamientos; pero, ciertamente, no está atado a una cultura o tradición, a la Inglaterra victoriana o a la América moderna. Es un examen general para el bienestar social que puede trasladarse a cualquier cultura o tiempo.

El punto de este ejemplo es simplemente que esta necesidad que se siente de ofrecer una justificación persuasiva para las instituciones sociales, y las prácticas legales que tienen lugar en ellas, surge de circunstancias prosaicas y no está confinada a esta cultura o aquella. Cualquiera que desee separarse del nivel del mero ejercicio de poder debe preocuparse por la legitimidad de las reglas del juego. Mientras diferentes sistemas se desplazan a niveles mayores de abstracción, tienden a converger en orientaciones similares para las que ellos mismos exhiben soluciones similares. ¡Incluso las diferencias dentro de cualquier sistema legal son similares cuando nos movemos a través de sistemas diferentes!

Aquí hay otro ejemplo. Las doctrinas del Derecho Romano son similares a las nuestras, pero las configuraciones políticas sobre las cuales fueron articuladas difícilmente podrían ser más diferentes. Sin embargo, son las similitudes las que importan. Por ejemplo, la ley romana básica sobre responsabilidad por daños se refiere a los homicidios que son ilícitamente causados. ¿Qué significa «ilícitamente»? Pues los romanos se equivocaron. En los textos más antiguos, ellos tienden a gravitar en la perspectiva de que cualquier daño se presume indebido, pero puede ser justificado o excusado. Esta concepción condujo a un sistema de responsabilidad objetiva con defensas afirmativas. Sin embargo, la palabra «ilícitamente» pasó a identificar, con el transcurso del tiempo, los daños causados «culpablemente». Una vez más, ¿qué significa esto? En inglés o latín, nadie está completamente seguro. En primer lugar, significa merecedor de sanción y, de esta manera, es consistente con la vieja posición de responsabilidad objetiva, que encontraba responsabilidad a menos que se ofreciera una excusa o justificación. Sin embargo, verbalmente, tanto en inglés como en latín, era también consistente con la idea de que alguien no actúa culpablemente a menos que actúe con intención de causar daño o de actuar sin el nivel de cuidado requerido. Irónicamente, la palabra «culpable» tiene las mismas ambigüedades en ambos lenguajes, y eso muestra mucho de la conexión común que aparece en los análisis legales de distintas tradiciones culturales. No tengo duda de que las leyes de las naciones de habla hispana muestran el mismo nivel de ambigüedad para con el término.

Por supuesto, hay casos que activan la opción de formulación. El daño causado a un desconocido bien puede demandarse bajo un sistema de responsabilidad objetiva, pero no bajo un sistema de culpa. Sin embargo, el vacío bien puede ser estrecho, si la presunción se hace de manera que los actos que dañen a extraños sean calificados como culposos, a menos que se demuestre lo contrario. Como abogado, mis primeros años de carrera estuvieron dedicados a explorar esas finas diferencias en defensa del



primer principio de responsabilidad y a expensas del segundo.<sup>2</sup> Más aún, cualquier abogado profesional preparado debería conocer estos detalles y matices.

Al mismo tiempo, es importante colocar las disputas elegantes en su correcta perspectiva. La verdad es que cualquiera de los dos sistemas funcionará tolerablemente bien. Después de todo, se requiere un ingenioso grupo de ejemplos para mostrar las diferencias entre ellos. Si coinciden en el 9 por ciento de las veces, parecería un asunto social que los elementos comunes que vinculan estos dos resultados sean bastante más importantes que los extraños casos que llevan a diferencias. Hasta ahora, ambos sistemas protegen de agresiones deliberadas y brindan protección contra la mayoría de los accidentes. Cualquier sistema legal puede mezclarse para llenar los vacíos. Pero la clave (y el reto a la vez) es entender las preocupaciones comunes que descansan en la estructura de cualquier sistema legal, por debajo de los refinamientos y variaciones que ocupan la atención del abogado profesional, que se gana la vida deslizándose en el filo del límite profesional. Lo que es realmente importante es observar, por debajo de las pequeñas diferencias en la doctrina, la terminología y las convenciones sociales, con el fin de encontrar un núcleo de preocupaciones comunes que ningún sistema social pueda permitirse ignorar y al mismo tiempo sobrevivir.

Pero ¿cómo? El viaje no comienza con las normas legales sino con la naturaleza humana. Todas las personas comienzan con ciertos imperativos biológicos. Los huesos rotos (si no son atendidos) pueden ser mortales en cualquier cultura; lo mismo ocurre con el hambre. Debe existir procreación; pues si no, el pueblo solo duraría una generación y luego moriría. Estas necesidades humanas básicas recorren un largo camino antes de dictar la estructura de la vida social. Déjese a la gente sin una esfera de control social y algunos se convertirán en los peones de otros. Prohíbase los intercambios voluntarios, y el robo se convertirá en la única manera de hacer negocios. Ignórese la necesidad de una infraestructura, y la gente no podrá llegar de un lugar a otro.

El último elemento es de especial importancia, porque nos advierte de cualquier perspectiva que considere que los mercados son autosuficientes y no necesitan del gobierno (así como de que nunca deberíamos asumir que los mercados solo existirán en manos del gobierno). En esta materia, es instructivo que Hernando de Soto (quien proviene de Perú) centre su atención sobre muchas de estas ideas en su propio trabajo sobre el desarrollo. Ciertamente, provenimos de diferentes contextos, pero convergemos en la proposición básica de que el éxito social depende de la habilidad de desarrollar las tareas simples, repetidamente y bien. Permítaseme dar un ejemplo que proviene de un discurso que le escuché pronunciar en el Instituto Hoover: «[...] entonces, a ustedes

---

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, EPSTEIN, Richard A. «A theory of strict liability». *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, p. 151.

les gustan los mercados —comenzó— porque ellos liberan el potencial humano. Pero, ¿cómo trabajan? Para comenzar, ustedes compran y venden bienes. Pero, de hecho, esto es muy abstracto. Al final, los bienes deben ser trasladados de un punto a otro. ¿Y esto cómo debe hacerse? Bueno, se requiere un sistema de caminos para conseguirlo, y esto requiere alguna forma de financiamiento público, a menos que tengamos puestos de peaje en cada calle. Pero, ¿a dónde vamos una vez que tenemos estos caminos? A ningún sitio en particular, a menos que podamos desarrollar una base de datos uniforme de direcciones que nos permita saber dónde entregar los bienes, o el correo, o dar instrucciones a amigos que quieran visitar nuestras casas. Es un servicio bastante simple, que se da por hecho fácilmente. ¡Y una institución tan compleja de establecer cuando la esfera pública no es receptiva a las necesidades de la comunidad local! Entonces, el punto central de la lección es este: si quieren mercados, deben invertir en una infraestructura que facilite el intercambio voluntario; pero no en una infraestructura de leyes que frustre los intercambios al imponer restricciones legales (por ejemplo, controles de precios y sueldos) que limiten la libertad de negociar en este nuevo lugar público y seguro. El desarrollo solamente tendrá lugar si las características fundamentales se asumen primero, y las otras formas de regulación se retiran de la mesa».

En *Reglas simples para un mundo complejo*, he querido recordar a los lectores que la sociedad depende de su habilidad para formar y ejecutar transacciones rutinarias en grandes volúmenes. No depende de regulaciones que congelen las iniciativas individuales. No depende de la decisión que alguna Corte de Apelaciones pueda realizar sobre una cuestión de inmensa dificultad conceptual, que haya entrampado a los abogados por años. El académico dentro de mí me dice que lo que ustedes quisieran entender es cómo manejar un rompecabezas complejo, como cuando dos o más escrituras de transferencia de propiedad, referidas al mismo inmueble, son elevadas y no registradas. Sin embargo, el organizador práctico quiere asegurarse de que la oficina de registro se establezca de manera que rechace este tipo de confusiones en primera instancia. Me tomó demasiados años (a mí, que comencé como un casuista en la tradición romana) darme cuenta de que el refinamiento en las reglas de responsabilidad que enseñé diariamente a mis estudiantes derivaba de aquellos casos que se escabulleron a través de los filtros, por su dificultad e improbabilidad. Sin embargo, el abogado tiene que aprender a imaginarse los casos simples en ambos lados de la línea que da forma al ambiente legal en el cual estas disputas nacen. Descubrí que aquello no es fácil de lograr, pero creo que sí es posible. Retirando las variantes generadas por las convenciones locales (la forma de un título de propiedad o las calificaciones de un notario público) nos damos cuenta de que todos los sistemas funcionan en la medida en que integran principios de autonomía individual, propiedad privada, intercambios voluntarios y protecciones fuertes contra la agresión legal. No obstante, una vez más, estas reglas no pueden operar en el vacío, ni depender de la posibilidad de elevar los impuestos destinados a bienes públicos, que dan a cada persona más beneficios de los

que tendrían si tuvieran adquirirlos en el ámbito privado. Es tonto argüir que este programa opere en todas las sociedades en todos los tiempos. Gran parte de la pobreza del mundo se origina por el rechazo de estas reglas y por la preferencia de un poder gubernamental arbitrario, que beneficia a unos pocos privilegiados. En contraste, la elaboración, llena de fe, de estos principios puede liberar al espíritu humano y proveer a todas las personas de un nivel de seguridad material y social que no podrían obtener por medio de cualquier otro régimen legal. *Reglas simples para un mundo complejo* intenta demostrar que este programa puede ser ejecutado. Es para usted, el lector, la misión de comprobar si estos principios son razonables para su propio bagaje de conocimientos y experiencias. Sé muy poco en relación con su cultura local y a sus tradiciones. Pero, anotado este punto, confío fuertemente en que la visión del mundo que he defendido de manera entusiasta aquí será razonable para usted.

Chicago, noviembre de 2004  
Richard A. Epstein





## Prefacio a la primera edición

El tema de este libro ha constituido un tema dominante en mi investigación desde que empecé a enseñar Derecho en 1968. Durante ese período, he enseñado y escrito acerca de diversas áreas del Derecho Público y Privado. Los personajes y tramas particulares cambian de tema en tema. Dominar estos asuntos exige al abogado académico, como a su contraparte en el ejercicio común de la profesión, tener un conocimiento detallado de un gran número de casos, leyes, regulaciones y prácticas. Sin ese nivel de conocimiento no es posible responder con autoridad a cualquier consulta legal. Si mi objetivo en este libro fuera examinar exhaustivamente un área determinada del Derecho —debido a la complejidad de las leyes— sería un texto mucho más extenso de lo que es y mucho más limitado en los temas que abarca. Estaría obligado a incluir en el libro una lista completa y extensa de leyes y regulaciones, citas, notas y referencias. Pero ello, simplemente, no es el objetivo de este volumen. Por el contrario, espero actuar como un medio intelectual entre dos culturas y mostrar algunas de las dificultades fundacionales del Derecho contemporáneo a los lectores que no han tenido entrenamiento o experiencia legal, pero que tienen interés en el Derecho. Para que este libro sea lo más fácil posible de comprender, he suprimido largamente el sistema académico usual, citando únicamente algunas referencias de literatura más amplia sobre los temas específicos.

El libro también está escrito con un único pero contundente mensaje: hay demasiadas leyes y demasiados abogados. Sin embargo, no está escrito como una exposición acusatoria de alguna deslealtad o avaricia individual. Este es un libro sobre doctrina jurídica y sobre las estructuras sociales, y los incentivos que las doctrinas jurídicas<sup>1</sup> ayudan a crear. No le hace bien a una empresa, sindicato, asociación religiosa o institución

---

<sup>1</sup> Entendiéndose por esta categoría, como en la tradición jurídica del *common law* en la que el autor se desenvuelve, las posiciones jurisdiccionales y remedios para la resolución de conflictos legales típicos. Dichas posiciones, consagradas en el *common law* mediante las opiniones jurisdiccionales (como en la tradición jurídica romano germánica, por medio de las leyes), generan incentivos para determinadas conductas en los individuos. Uno de los puntos críticos de este libro es la discusión sobre las conductas



de caridad, desprenderse de sus abogados si su organización va a ser emplazada legalmente por los abogados contratados por otras. Es más, si otros son lo suficientemente despreocupados para bajar sus defensas tomando abogados sin experiencia en el arte del litigio y la persuasión, entonces las otras organizaciones harán lo posible por contratar a quienes cuenten con estas cualidades. Tenemos otra ilustración del, ahora famoso, juego del «dilema del prisionero»,<sup>2</sup> en el que la solución cooperativa ideal (menos abogados) no se puede obtener mediante actos aislados de actores sociales individuales. Algún método colectivo de control debe existir, pero ¿cuál?

Aquí, la esencia del problema es que el nivel de expectativas respecto de la ley en los Estados Unidos y, crecientemente, en el resto del mundo es simplemente demasiado alto. Pregúntese a la mayoría de hombres y mujeres en las calles cuál es el problema social más importante hoy en día y responderán que es la violencia en las calles y en las escuelas, y la pérdida de sensación de seguridad que esto arrastra. Pero, ¿cuán seriamente puede uno tomar a un sistema legal que dedica más de su ingenio y capacidad intelectual a identificar y corregir fallas de mercado causadas por información asimétrica e imperfecta en el empleo que en contener la violencia en las calles? Nadie gusta de la violencia, y el estar de acuerdo en ese tema nos hace desplazarnos hacia asuntos que desafían y entrampan el intelecto. Pero al hacerlo, inventamos otras situaciones que llaman a una intervención del Estado. Tratamos de resolver más y más problemas mediante la creación de leyes y menos por medio de acuerdos voluntarios. Frecuentemente lo hacemos porque somos seducidos por los dramáticos medios con los que cuenta la jurisprudencia: la habilidad para poner ante cámaras al trabajador que es despedido o a la víctima del accidente que no fue compensada conforme al sistema legal vigente. La implicancia es que siempre algún nuevo derecho tiene que crearse para remediar estas dificultades.

El usar la ley como instrumento para alcanzar una perfecta justicia tiene varias y serias desventajas. Primero, desvía recursos desde los temas de orden social más im-

---

que determinadas doctrinas jurídicas o leyes pueden incentivar y sobre los efectos, perjudiciales o beneficiosos que estas conductas pueden tener en la sociedad. (Nota de los traductores)

<sup>2</sup> El «dilema del prisionero» consiste en el siguiente juego: dos hombres sospechosos de cometer un crimen juntos son detenidos y situados en celdas separadas por la policía. Cada sospechoso tiene dos alternativas: confesar o permanecer en silencio; y cada uno conoce las consecuencias de su acción. Estas son las siguientes: (1) si un sospechoso confiesa y el otro no, el que confiesa queda libre y el otro va a la cárcel por veinte años; (2) si ambos confiesan, los dos van a la cárcel por cinco años; (3) si ambos permanecen silenciosos, ambos van a la cárcel por un año por llevar armas ocultas. Así, el prisionero, sin saber qué contestará su «compinche», siempre resultará mejor librado si confiesa (en libertad o cinco años). Razonamiento al que, de igual manera, llegará el otro sospechoso; por lo que, al confesar, ambos irían a la cárcel por cinco años. En este sentido, logramos, mediante un adecuado razonamiento, un resultado ineficiente frente a la posibilidad de que ambos prisioneros no confiesen y que ambos vayan a la cárcel solo por un año. (Nota de los traductores)

portantes y desgasta nuestra preciada autoridad moral en la atención de casos de mucha menos importancia y consecuencias. Segundo, el enfocarse demasiado en el caso infortunado, hace perder de vista los beneficios que las transacciones voluntarias podrían tener en otros casos similares, que producen no historias conmovedoras sino éxitos poco llamativos. Tercero, el énfasis en la ley y la regulación ignora el impacto acumulado de distintos sistemas de regulación en una sola institución social. El contrato de trabajo podría sobrevivir a las leyes sobre salario mínimo, tope de horas diarias, no discriminación; a la regulación de salud y seguridad; a la regulación social de los impuestos relacionados con el *Medicare*,<sup>3</sup> al acceso al empleo de los impedidos físicos o a la imposibilidad del retiro obligatorio; a las licencias por motivos familiares; a la seguridad en el centro de trabajo, la sindicación y la negociación colectiva; etc. Sin embargo, ¿existe alguna razón para pensar que los salarios reales y las oportunidades de trabajo pueden incrementarse frente a todas estas regulaciones juntas?, ¿o que cada nueva forma de regulación pueda justificarse sin tener en cuenta la legislación ya en vigencia?

Gradualmente, nuestro extensivo nivel de ambición social conduce a un sistema de leyes muy complejo, que solo los abogados pueden entender y navegar a tarifas difícilmente bajas. La virtud de la simplicidad, alrededor de la que este libro está organizado, nunca es desaprobada explícitamente, pero tiene insuficiente respeto y aprecio. En distintos grados, encontramos que todos los actores, públicos y privados, deben necesariamente usar abogados o administradores concededores de la ley para solucionar sus problemas individuales, creando consecuentemente problemas para otros. Aun así, es difícil identificar algún punto que demuestre el triunfo de la complejidad legal y es fácil explicar cómo ese presunto triunfo podría ser revertido.

A la luz de esta situación, se me ocurrió que escribir un libro que haga de la simplicidad el eje de la rueda podría ayudar a explicar cómo hemos llegado al *impasse* presente y qué podemos hacer para evitar sus implicancias. Al tratar estos asuntos, he examinado muchos de los estudios académicos en diversas áreas, pero he confiado más en mi percepción sobre el tema, adquirida durante 25 años de docencia y a través de innumerables reuniones, conferencias, talleres, clases y, sobre todo, almuerzos con colegas y amigos. Las visiones aquí expresadas descansan tanto en razonamientos como en demostraciones empíricas precisas. Espero que los argumentos ofrecidos sean accesibles y válidos, y conduzcan a los lectores a reexaminar algunas de sus más apreciadas creencias y presuposiciones sobre la relación entre las leyes y el desarrollo social. He

---

<sup>3</sup> *Medicare* es un programa de salud pública instituido en los Estados Unidos en 1965, con el objeto de proveer un programa básico de seguro hospitalario y un seguro suplementario de ayuda en el pago de servicios de médicos externos. Sus recursos provienen de las aportaciones de los empleados. (Nota de los traductores)



tratado, mayormente, de abordar asuntos como los derechos de propiedad, las relaciones laborales, la responsabilidad por productos defectuosos, la responsabilidad corporativa y la protección ambiental, cuestiones cercanas a las raíces del *common law*, con las que empecé mis estudios de Derecho y en las que continúo creyendo.

Las proposiciones que hago son, en muchos sentidos, radicales (tal vez demasiado radicales o si no muy radicales, entonces demasiado reaccionarias para la mayoría de gente) y descansan fuertemente en la percepción que los acuerdos cooperativos entre los individuos son mejores si están sujetos solo a su voluntad en vez de al control público. Uno de los más importantes intangibles que deben tomarse en consideración al organizar cualquier sistema legal es la distribución y el uso de la información. En forma muy simple, creo que la mayoría de las personas conoce sus propias preferencias mejor que las demás personas. Consecuentemente, la gente actuará mejor para protegerse de acuerdo con sus propios intereses si se le otorga el poder de hacerlo. La complejidad de las leyes tiende a poner el poder de decisión en manos de otras personas que no tienen la información necesaria y cuyos propios intereses las conducen a usar la información con que cuentan de maneras socialmente destructivas. Estoy lejos de defender la adopción de un sistema legal sin limitaciones a la conducta individual, aunque algunos puedan desear describir mis opiniones en forma tan poco gentil. Pero debe quedar claro que, a la vez que apoyo la innovación en la tecnología y los negocios, creo que la permanencia y la estabilidad son las virtudes cardinales de las leyes que hacen posible la innovación privada y el desarrollo social. En mi mente no existe duda de que un sistema legal que protege la propiedad privada y la libertad contractual es el único que en la práctica puede ofrecer aquella permanencia y estabilidad. La simplicidad es otro argumento a favor de la constitución de fuertes derechos privados y de una intervención limitada del Estado.

Para llegar a esta conclusión, he sido fuertemente influenciado por el trabajo de Friedrich Hayek, en particular por su importante manifiesto, *The Road to Serfdom*. El libro de Hayek apareció en 1944 y ha seguido leyéndose y discutiéndose activamente en la mitad de siglo que ha transcurrido luego de su publicación. El objetivo principal de Hayek fue la planificación central, que en el contexto de los debates sobre el cálculo socialista de su tiempo generaba la discusión acerca de si los oficiales del gobierno podían alguna vez adquirir la información cotidianamente impartida por los precios para organizar los mercados de trabajo y de productos. Hoy existen muy pocas opiniones, en los Estados Unidos o en el mundo, a favor de la propiedad colectiva de los medios de producción que soportó el embate de la crítica de Hayek. Por el contrario, el nuevo patrón es el de promover las virtudes de los mercados en abstracto e insistir en que la regulación gubernamental de las empresas privadas es necesaria para corregir la legión de supuestas fallas específicas de mercado que surgen en las complejas instituciones modernas. Solo ese tentador argumento puede llevar al control estatal de la atención médica en los Estados Unidos.

En un sentido, creo en este libro como una respuesta al argumento de que normalmente la regulación es deseable aun en circunstancias en las que la propiedad del gobierno sobre los medios de producción no lo sea. En mi opinión, no existe una clara dicotomía entre la regulación gubernamental de los salarios y precios, de un lado, y la propiedad del gobierno, del otro. Por el contrario, la regulación toma ciertos elementos del conjunto de derechos del propietario y los transfiere al Estado, en el que nuevamente son presa de las dificultades que surgieron cuando la planificación central fue defendida a gran escala. Si la caída del socialismo se produjo por las lagunas de información disponible para los funcionarios públicos y por la incapacidad de las leyes de limitar la conducta motivada por el interés individual, las formas modernas de regulación atacadas en este libro están sujetas a la misma crítica. Hayek bien podría haber estado equivocado, o al menos haber sido incauto, cuando insistió en que los mercados podían desarrollarse «espontáneamente» sin la asistencia del Estado, pero acertó definitivamente al notar los muchísimos defectos que pervierten la planificación estatal. El gobierno actúa mejor cuando establece las reglas del camino, no cuando busca determinar la composición del tráfico. Es un error de la Federal Communications Commission el desarrollar la segunda tarea, cuando podría confinarse a sí misma a resolver las dificultades en el cumplimiento de la primera.

Las bases filosóficas para el presente libro son profundas, pero los estímulos más próximos reflejan cambios, circunstancias y buena fortuna en mayor medida a la que cualquier autor estaría dispuesto a admitir. Aunque la simplicidad siempre ha sido un tema en mis estudios legales, se tornó importante por primera vez en una columna del *Wall Street Journal* bajo el título *Reglas simples para un mundo complejo*, publicada en junio de 1985. Trabajé muy poco en forma explícita este tema hasta que fui abordado por dos personas, Penelope Brook Cowen, en representación de la Mesa de Negociaciones de Nueva Zelanda (y su infatigable director, Roger Kerr) y N. Ray Evans, en representación de la Western Mining Company (y su presidente, Hugh Morgan), para hacer una gira de conferencias en Australia y Nueva Zelanda, y referirme a temas de responsabilidad y reforma legal que eran de preocupación allí. En particular, me solicitaron abordar los temas de reforma laboral y responsabilidad civil extracontractual. En una agitada gira por los dos países en julio de 1990, ofrecí una serie de conferencias, frecuentemente apresuradas, de los temas cubiertos en este libro.

En los meses que siguieron, convertí algunas de las transcripciones de esas charlas en una serie de artículos que se publicaron en Australia y Nueva Zelanda. Así, se me sugirió compilar los ensayos, entonces separados, en un libro sobre las reglas simples. La tarea evidenció ser mucho más intimidante de lo que originalmente pensé, y el presente libro ha sido sustancialmente extendido y completamente revisado en cada punto. En las etapas preliminares del proceso, tuve la ayuda de Penélope Brook Cowen, que se encargó de dar sentido a las transcripciones de las charlas que se ofrecieron en Nueva Zelanda, y Roger Pilon, del Cato Institute, que leyó y comentó un primer

borrador del manuscrito y señaló con exquisito detalle cuánto trabajo haría falta para convertir un grupo de conferencias independientes en un volumen coherente.

Desde esa época, me he referido a varios aspectos del tema en conferencias a través de los Estados Unidos. Además de dar charlas en la Universidad de Chicago, he abordado el tema de la simplicidad legal en la American Law & Economics Association, el Cato Institute, la Escuela de Derecho de Cumberland de la Universidad de Samford, la Escuela de Derecho de la Universidad de Kansas, la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan y en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale. Me he beneficiado también de dedicadas y detalladas lecturas del manuscrito hechas por Robert C. Ellickson, Victor Goldberg, Lawrence L. Lessig, Fred S. McChesney, Richard A. Posner y Mark Ramseyer. Debo un gran agradecimiento a mis tres infatigables asistentes de investigación, quienes corrigieron cuidadosamente los varios borradores del libro: Donna Coté, P.J. Karafiol y Jay Wright. Como siempre, doy las gracias a mi secretaria, Katheryn Kepchar, por seguir las muchas revisiones del manuscrito. Quiero dar también palabras de agradecimiento a Michael Aronson, editor principal de Ciencias Sociales de Harvard University Press, por estimularme a hacer una nueva publicación y a Nancy Clemente, editor principal de Harvard University Press, por el cuidado y la atención que tuvo al editar el manuscrito. Finalmente, a lo largo de los años he recibido soporte financiero y estímulo moral de la Fundación John M. Olin y de su director ejecutivo, James Piereson, en este y muchos otros proyectos. A ellos, un especial agradecimiento por la ayuda y el apoyo que se extiende ya por muchos años.

Chicago, 15 de agosto de 1994  
Richard A. Epstein



## INTRODUCCIÓN

### Demasiados abogados, demasiadas leyes

LA IMAGEN DE LOS ABOGADOS no ha sido buena, es más, no lo ha sido ni en el mejor de los tiempos. Pese a que a la mayoría le alegra el valor trascendental del imperio de la ley, nunca ha visto el «imperio»<sup>1</sup> de los abogados con mucha benevolencia. Mucha gente tiene, con mucha razón, inmenso respeto por sus propios abogados, pero el sentimiento no es el mismo con los abogados distantes de ellos. Como grupo, los abogados son frecuentemente acusados de ser individuos avaros y oportunistas, que encuentran a su presa en la miseria y los infortunios de los demás, o de ser pistoleros contratados para llevar a cabo actos muy favorables para los poderosos, ricos y famosos, y de, a la vez, hacer daño al resto de la sociedad.

En años recientes, la percepción casual muestra una intensificación de ese sentimiento: existen aún más abogados, demasiados abogados, y resentimiento y sospechas sobre ellos. Tal vez no hayamos alcanzado aún el nivel de los chistes anticomunistas: «¿Cuál es la diferencia entre el capitalismo y el comunismo? En el primero, el hombre explota al hombre; en el segundo, pasa lo contrario». Sin embargo, los chistes sobre abogados están en segundo lugar. Cómo, si no, puede explicarse la cantidad de chistes desagradables sobre los abogados, que han rondado incluso en reuniones como el día de campo de la clase de cuarto año de mi hijo Elliot: «¿Por qué los tiburones no comen carne de abogado? Por respeto al colega»; «¿Qué son cinco abogados en el fondo del mar? Un buen comienzo»; «¿Cuál es tu estudio de abogados favorito? Saco, Millones & De las Casas». Y qué decir acerca del anuncio comercial de cerveza Miller Lite, en el que un vaquero de rodeo laza y envuelve al «rico y gordo abogado tributarista» para la evidente satisfacción de los bebedores de cerveza y el doloroso desagrado de las asociaciones de abogados de cada Estado.

Los abogados no gustan de ser el objeto de las bromas populares y no tienen por qué (¿o, debo decir, «no tendríamos por qué?»). Recientemente la American Bar

---

<sup>1</sup> El autor utiliza «the rule of lawyers» en contraposición a «the rule of law». (Nota de los traductores)

Association<sup>2</sup> ha dispuesto de 700 mil dólares para contrarrestar la negativa imagen de los abogados; y Harvey Saferstein, presidente de la California Bar Association, ha desarrollado una campaña personal contra los chistes sobre abogados, que —según él— se han intensificado, en los últimos años, solo para acusar a los abogados de defender privilegios especiales y constituir una amenaza a la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.<sup>3</sup> Aun así, las campañas no tendrán más efecto que los intentos del rey Canuto por controlar las mareas. El fracaso en cambiar la opinión pública es una cuestión, pero ¿por qué son tan fuertes las percepciones populares? Aquí la respuesta más ingenua es la mejor: los abogados hacen un buen trabajo cuando sirven los intereses de sus clientes. El abogado que revierte un veredicto de un millón de dólares en contra de su cliente, un conductor ebrio, puede recibir un mal tratamiento por parte de la prensa, pero recibirá la aprobación de la persona que realmente importa: su propio cliente, quien lo recomendará a sus amigos para asuntos similares. Los clientes individuales insistirán en que los abogados sacan provecho de cualquier oportunidad que la ley les ofrece, y todo el canon de la ética legal obliga al abogado a hacerlo. Si el sistema legal da a los abogados espacio para manipular y negociar,<sup>4</sup> ¿por qué debería sorprendernos que saquen todo el provecho posible de ello?

Las repercusiones se sienten en todo ámbito. Estas destrezas tan buscadas generan importantes honorarios que se traducen en grandes salarios e ingresos corporativos de más de un millón de dólares por socio en algunas firmas de abogados.<sup>5</sup> Una vez que las claves del éxito sean claras, los abogados dentro de la profesión redefinirán el camino o se arriesgarán a perder el negocio, y los jóvenes graduados de la preparatoria decidirán si su propia personalidad y temperamento encajan en la agitada práctica del Derecho. La siempre creciente cantidad de individuos agotados, que se quejan del ritmo, será reemplazada por frescas y jóvenes legiones, ansiosas por entrar en la batalla.

---

<sup>2</sup> La American Bar Association es la agrupación de profesionales especializados en Derecho en los Estados Unidos de Norteamérica, fundada el 21 de agosto de 1878. Esta asociación cuenta con más de 400 mil miembros. (Nota de los traductores)

<sup>3</sup> Véase MARGOLICK, David. «At the Bar». *New York Times*, 9 de julio de 1993, p. B10.

<sup>4</sup> «Manipular y negociar» traduce la expresión «wheel and deal». (Nota de los traductores)

<sup>5</sup> Para el desagregado de 1993, véase «The Am Law 100». *The American Lawyer*, julio-agosto, 1994. Cinco firmas en la lista tienen ingresos sobre los 1 millón de dólares por socio, con Cravath, Swaine & Moore encabezando la lista con 1.450.000 dólares por socio. Las otras con ingresos por socio sobre el millón de dólares son (en orden según los ingresos por socio): Wahctel, Lipton, Rosen & Katz (1.350.000 dólares); Sullivan & Cromwell (1.275.000 dólares); Cahill Gordon & Reindel (1.210.000 dólares); y Davis Polk & Wardell (1.020.000 dólares). Todas estas son firmas de Nueva York. Es importante notar, sobre las otras firmas en la lista, que la número cincuenta tiene 380 mil dólares de ingresos por socio; que 24 firmas tienen ingresos por socio superiores a los 500 mil dólares y que el ingreso por socio más bajo de la lista es de 160 mil dólares.

La incomodidad global, las bromas pesadas, harán poco por alterar la forma y prácticas de la profesión. Las fuerzas que compelen a los abogados y a sus clientes a hacer lo mejor que puedan *por ellos mismos* dentro de las reglas del juego son demasiado poderosas para que alguien pueda resistirlas a nivel individual. Son las reglas del juego —las complejas reglas que sustentan la cultura legal moderna— las que deben ser el objeto de la ira general.

Tomadas individualmente, muchas de estas leyes tienen popularidad, más allá de las grandes afectaciones de derechos<sup>6</sup> a las que contribuyen. Pero los efectos acumulados y de interacción de estas leyes son difíciles de entender. Consecuentemente, es también difícil de entender por qué estas leyes están equivocadas, y es tentador pensar que recortando los extremos —alguna ley de modificación o reducción por aquí, otra buena comisión gubernamental por allá— lograremos obtener la esencia del Estado regulador moderno, pero libre de sus excesos. Sin embargo, la paciencia pública respecto de ese esquema se está agotando. Los chistes sobre abogados, como los chistes sobre la horca, nacen del resentimiento y la impotencia. Este hecho demuestra cuán difícil es eliminar la preocupación pública acerca de la creciente influencia de los abogados a través del territorio.

La preocupación empieza desde arriba: nuestro actual presidente<sup>7</sup> y su esposa son graduados de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale; nuestro Congreso, los órganos legislativos estatales y las agencias administrativas están poblados a todo nivel por abogados. Todo esto es real: 42 por ciento de los miembros de la Casa de Representantes son abogados, como lo son 61 por ciento de nuestros senadores, comparados con porcentajes de alrededor del 18 por ciento en órganos similares en otros países industrializados.<sup>8</sup> Pero el aumento de abogados ocurre en todas partes, y, de alguna manera, las cifras demuestran los hechos.<sup>9</sup> Entre 1900 y 1970, los abogados eran, como porcentaje de la población, constantemente apenas el 1,3 por cada mil ciudadanos, un porcentaje ligeramente menor que el de médicos para el mismo período, de 1,8 por cada mil ciudadanos. Después de 1970, el porcentaje en ambas profesiones empezó a aumentar, pero el incremento de abogados superó largamente al de los médicos, aunque el incremento de médicos puede explicarse por el aumento de atención médica subsidiada, ofrecida por medio de los programas *Medicare* y *Medicaid*. Hacia 1980,

<sup>6</sup> La expresión «afectación de derechos» traduce el término «intrusions». (Nota de los traductores)

<sup>7</sup> En referencia al entonces presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Bill Clinton, y su esposa Hillary, egresados de dicha escuela en 1973. (Nota de los traductores)

<sup>8</sup> MAGEE, Stephen P. «The Optimum Number of Lawyers: a reply to Epp». *Law & Social Inquiry*, vol. 17, 1992, pp. 667-675.

<sup>9</sup> Para todas las cifras y más información, véase ROSEN, Sherwin. «The Market for Lawyers». *Journal of Law & Economics*, vol. 35, 1992, p. 215. Para un recuento más sencillo, véase «America's Parasite Economy». *The Economist*, 10 de octubre de 1992, p. 21.



abogados y médicos empataban en cerca de 2,5 profesionales por cada mil ciudadanos. Hacia 1987, los abogados habían tomado la delantera y eran 2,9 por cada mil ciudadanos, comparados con el 2,76 para los médicos. En 1990, los abogados eran tres por cada mil ciudadanos y el porcentaje sigue aumentando. Dos reveladoras estadísticas tal vez resuman mejor los efectos generales. Entre 1960 y 1985, la población de los Estados Unidos creció en un 30 por ciento, mientras que el número de abogados se incrementó en un 130 por ciento.<sup>10</sup> Más esclarecedor, tal vez, es saber que, entre 1972 y 1987, el número de abogados en Washington se cuadruplicó y pasó de 11 mil a 45 mil.<sup>11</sup> La implicancia evidente es que la composición interna del trabajo de los abogados está trasladándose, también, de las transacciones comerciales (que producen riqueza) a la política (que transfiere y reduce riqueza simultáneamente).

Existe una explicación para la continua entrada de los jóvenes estadounidenses más hábiles a la profesión legal. El dramático aumento en el número de abogados no ha venido acompañado de un detrimento en el nivel de ingresos de los abogados. De hecho, en los años entre 1960 y 1987, el ingreso anual promedio de un abogado fluctuó entre los 50 mil y 65 mil (en dólares americanos constantes de 1987), sin ninguna dirección sistemática. Esta estabilidad de salarios es notable dado el enorme aumento del número de abogados que entraron a la profesión después de 1970. Más impactante, quizás, es cómo la composición del gremio de abogados ha cambiado de, al menos, dos maneras. Primero, el tiempo ha traído un aumento sostenido en el número de abogadas en el gremio (de cerca de mil egresadas por año en 1970 a cerca de 14 mil en 1985), mientras que los graduados hombres aumentaron de cerca de 15 mil a casi 25 mil en 1977 y se redujeron a cerca de 22 mil hacia 1985. En promedio, las abogadas tienen menores ingresos que sus colegas de sexo masculino, muy probablemente por su mayor compromiso con la familia y los hijos, aunque otras explicaciones pueden, seguramente, jugar algún papel. El colapso de los salarios de los varones, antes y después del cambio, sugiere que los ingresos reales de los abogados son bastante fuertes aun con una oferta de abogados creciente. Segundo, el número de años de experiencia promedio dentro de la profesión ha descendido fuertemente, al reducirse de 25 años en los últimos años de la década del sesenta, a cerca de 13 ó 14 años entre 1977 y 1978, como reflejo del gran influjo, femenino y masculino, ocurrido en el mercado en los diez años precedentes. Ese número se incrementó algo en los años ochenta, pero los salarios mantuvieron mucha de su fuerza aun cuando para los abogados independientes los ingresos ascendían a una cúspide alrededor de los 27 años de experiencia y declinaban gradualmente luego de ese punto.

---

<sup>10</sup> GALANTER, Marc y Thomas PALAY. *Tournament of Laws: The Transformation of the Big Law Firm*, 1992, p. 37.

<sup>11</sup> RAUCH, Johnatan. «Suckers!». *Reason Magazine*, 1 de mayo de 1994, p. 21.

Bien podría ser que estos impactantes números no duren para siempre, dado que la mayor confianza en los abogados internos para labores rutinarias promete, al menos en el corto plazo, hacer que los salarios se reduzcan un poco respecto de los altos niveles que alcanzaron a finales de los años ochenta y principios de los noventa. Los abogados están en busca de negocios y se encuentran más dispuestos y abiertos a negociar formas de facturación de lo que lo estaban cinco años atrás: la facturación por hora es menos común ahora, y una tarifa horaria menor en contrapartida a un porcentaje del dinero recuperado es un acuerdo comúnmente adoptado, aun cuando se admiten infinitas variaciones. Los asociados jóvenes encuentran hoy que sus períodos de prueba son menores a los de hace una década o aun a los de hace cinco años, e incluso los socios en este ambiente competitivo son despedidos sin ceremonias si no mantienen toda su cuota de horas, la misma que puede cargarse al cliente, usualmente sobre las dos mil por año. Pero aun con la evidente transformación de la profesión legal, su gran tamaño e influencia siguen aumentando, como se refleja en el porcentaje del producto bruto interno (PBI) destinado a gastos legales en este período: de 0,6 por ciento en 1960 a 0,87 por ciento en 1980 y 1,39 por ciento en 1987.

Estos números reflejan solo los gastos directos en servicios legales y sin duda no expresan cabalmente el porcentaje del PBI destinado al cumplimiento de las normas legales. Los últimos 25 años han sido también testigos de una rápida expansión en tamaño e influencia de las profesiones relacionadas con el Derecho. En el ámbito local, los profesionales no abogados especializados en temas de Derecho<sup>12</sup> juegan hoy un papel mucho más importante que nunca. Las empresas que están defendiéndose de procesos masivos por daños rápidamente aprenden que dar más trabajo a los abogados es una propuesta financieramente ruinoso e implementan nuevos protocolos que permiten la delegación de trabajo legal a profesionales que perciben un menor salario.

Aun así, sería un error asumir que estas tardías reformas financieras y estructurales indican una disminución de la importancia del Derecho. Las leyes y la regulación definen fuertemente el esquema de trabajo en las profesiones relacionadas. Los contadores hacen mucho trabajo vinculado con los impuestos y valores mobiliarios. Ha habido un fuerte aumento en el número de asociaciones corporativas<sup>13</sup> (de 4.900 en 1956 a 15 mil en 1980 y 23 mil en 1994); y al menos una de estas es una asociación corporativa cuyos miembros son asociaciones corporativas. Un gran número de oficiales supervisores de acciones afirmativas,<sup>14</sup> expertos en control ambiental, gurús en

---

<sup>12</sup> La expresión «profesionales no abogados especializados en temas de Derecho» traduce el término «paralegals». (Nota de los traductores)

<sup>13</sup> La expresión «asociaciones corporativas» traduce la frase «trade associations». (Nota de los traductores)

<sup>14</sup> En el sistema legal estadounidense se entiende por «affirmative action», o acción afirmativa, al impacto adverso o proceso de dar derechos especiales de contratación o recursos a miembros de grupos específicos minoritarios o mujeres. El fin de estas medidas es reducir la discriminación. (Nota de los traductores)



asuntos públicos, consultores en relaciones gubernamentales y «lobbistas» a la antigua, hace más que poblar el paisaje. Indudablemente, una importante fracción del tiempo de los administradores comunes, desde granjeros hasta inversionistas, está dedicada al cumplimiento de las regulaciones gubernamentales. Muchos granjeros se quejan de que ahora pueden cuidar su granja solo temprano en la mañana y tarde en la noche, cuando las oficinas del gobierno están cerradas. De otro modo, están trabajando duro para negociar permisos y licencias (y, lamentablemente, subsidios) con una amplia gama de oficiales del gobierno. Del mismo modo, el negocio de diseñar nuevos edificios se ha hecho mucho más difícil y costoso luego de la promulgación del Americans with Disabilities Act:<sup>15</sup> el estimado usual en las universidades es que el cumplimiento de esta ley suma veinte por ciento al costo total de la nueva construcción y que el mismo es aun mayor en el caso de remodelaciones, frecuentemente requeridas, de edificios ya existentes. Entonces, el 1,4 por ciento del PBI constituye un estimado muy bajo de la dimensión de recursos sociales que son controlados y regulados por la ley. Más aún, el «efecto halo» no es constante en el tiempo, pero indudablemente aporta en sí mismo un porcentaje del PBI más grande que en años anteriores. Y los efectos de la ley son aún más grandes que el efecto del exceso de oferta de abogados, debido a que muchas regulaciones pueden tener, en el papel, fuertes consecuencias negativas incluso cuando conlleven poca actividad judicial, evidenciada en los reportes judiciales que, por cierto, han crecido rápidamente.

El aumento de la demanda por servicios legales de todo tipo se explica mejor por el gran aumento en la regulación que se inició en los últimos años de la década del sesenta y que continúa imparable hasta hoy. La medida más simple de la actividad reguladora está dada por las inmensas páginas del Federal Register que contiene las numerosas leyes y regulaciones promulgadas por el gobierno federal. Una tabla simple de algunos años clave ilustra el crecimiento de la actividad federal. Aquí, la historia revela la misma expansión inexorable de la ley. El número de páginas del Register era pequeño al comienzo del New Deal, aunque se incrementó sostenidamente durante ese período. El número de páginas para los casos de las Cortes de Apelaciones en los reportes judiciales era solo un poco más grande. Hubo una comprensible expansión del Register durante la Segunda Guerra Mundial, seguida de una contracción sustancial con el regreso de la paz. La cantidad de trabajo judicial varió muy poco. Los años cincuenta fueron un período de relativa prosperidad y de aumento relativo de páginas en ambos documentos. La era moderna comenzó entonces con la Gran Sociedad de Lyndon Johnson, pues 1965 fue el año de promulgación de la Civil Rights Act y el año que puso en escena a los programas *Medicare* y *Medicaid*. En 1970, se promulgó la

---

<sup>15</sup> La Americans with Disabilities Act fue promulgada en 1990 y prevé numerosas obligaciones en lo referido al acceso a edificios públicos, incluyendo a las universidades.

Environmental Protection Act (EPA) y le siguió la Employee Retirement Income Security Act (ERISA), con regulación sobre pensiones, en 1974. La era moderna estuvo en pleno movimiento entre 1970 y 1975, cuando dos presidentes republicanos, Richard Nixon y Gerald Ford, ocuparon la Casa Blanca. La actividad disminuyó y tuvo un ligero aumento al final del gobierno de Jimmy Carter y luego entró en un leve descenso durante la administración Reagan (en 1986 se produjo el número más bajo de páginas del Federal Register desde 1970: 47.418 páginas). Durante el gobierno de George Bush padre, la emisión de leyes alcanzó un nivel como el que se observó durante la administración Carter y excedió ese nivel durante el gobierno de Bill Clinton. Y un aumento sostenido y menos irregular en la cantidad de apelaciones judiciales se produjo durante todo ese período. ¡Un verdadero esfuerzo bipartito! Pero casi toda esta expansión se ha generado por cambios en el sistema legal más que por algún cambio fundamental en la demografía subyacente. La cantidad de actividad judicial en 1960 no era mucho mayor a la de 1940, si los números se ajustan a la población, pero la expansión de esa actividad fue mucho mayor al crecimiento demográfico o del PBI, de allí en adelante.

Es relativamente fácil entender por qué hay un aumento en el número de abogados si ocurre un aumento en la población a la que sirven. La pregunta difícil es qué hacer con toda esa información, que incontrovertiblemente indica el inmenso papel de los

### Regulaciones federales y reportes de cortes de apelación 1936-1991

Año	Federal Register (páginas)	Federal Reports* (páginas)	PBI (miles de millones de dólares 1987)	Población (millones)
1936	2.411	6.138	777,9	128.053
1940	5.307	7.161	906,0	132.457
1945	15.508	7.161	1.602,6	133.434
1950	9.562	8.184	1.418,5	152.271
1955	10.196	9.590	1.768,3	165.931
1960	12.792	10.549	1.970,8	180.671
1965	17.206	14.322	2.470,5	194.303
1970	20.036	22.512	2.873,9	205.052
1975	60.221	25.324	3.221,7	215.973
1980	87.012	32.026	3.776,3	227.722
1985	53.480	49.073	4.279,8	238.492
1990	53.618	45.893	5.522,2	249.924
1991	67.716	49.907	5.677,5	252.117

\* Reportes de las Cortes de Apelación, por fecha de publicación del volumen. Los reportes de las Cortes de Distrito aumentaron de 5.179 en 1936 a 42.727 en 1991.

abogados y de la ley en la vida nacional. Una posibilidad es dar una interpretación optimista a la información. Este enfoque lo suscribe cautamente Robert C. Clark de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, que ofrece explicaciones sobre la expansión de los servicios legales que son ora cancerosas, ora relativamente benignas.<sup>16</sup> Una explicación cancerosa ofrecida por Clark y otros atribuye el aumento de leyes a un resquebrajamiento del orden moral. Ahí donde las prohibiciones informales se rompen, la ley tiene que llenar el vacío, una lamentable pero necesaria medida contra el fracaso de las familias, las escuelas, las iglesias y la cultura popular. Desafortunadamente, esta explicación puede revertirse si la falla en estas instituciones sociales dominantes se entiende no como un rayo del cielo sino como una consecuencia, al menos en parte, de una intervención estatal más fuerte por medio de las leyes. Es fácil pensar en otras razones por las que las escuelas educan hoy menos bien que antes: están limitadas por requerimientos de sindicalización obligatoria; no pueden despedir a maestros o expulsar estudiantes sin arriesgarse a enfrentar demandas judiciales muy serias; y están sujetas a una presión nunca antes vista de leyes federales y estatales en asuntos que van desde privilegiar a los estudiantes discapacitados hasta la supervisión del plan de estudios. Ningún cuerpo de normas informales hace bien si compite con los más rígidos comandos de la ley. Aunque los patrones exactos de influencia puedan identificarse, la causa podría bien estar de ambos lados: el aumento en las leyes conduce a un declive de la moral y viceversa.

Una segunda explicación cancerosa se apoya en uno más de los inevitables chistes de abogados, debidamente notado por Clark.<sup>17</sup> Un solo abogado en un pueblo no tiene mucho trabajo que hacer. Pero, una vez que hay dos abogados en el pueblo, ambos prosperarán. La idea detrás de este sarcasmo es que los abogados que se ganan la vida litigando intercambian riqueza y desperdician riqueza, pero no producen riqueza. Entonces, el litigio, la preparación para él y su evasión son presuntos males sociales hasta que se compruebe su beneficio. Aunque esta explicación pueda decir mucho sobre la frustración individual respecto de los abogados, difícilmente muestra el crecimiento explosivo de los servicios legales en general o, al menos, en la actividad de los abogados litigantes en particular. Ha habido al menos dos abogados en cada pueblo por mucho tiempo. Para explicar por qué el litigio es más frecuente hoy en día, necesitamos mirar, más allá de sus motivaciones, a los cambios estructurales en las reglas de juego.

Del mismo modo, Clark acierta al concluir que la tercera de sus explicaciones cancerosas no tiene mucho alcance, a saber, que el conflicto de intereses entre los

---

<sup>16</sup> CLARK, Robert C. «Why So Many Lawyers? Are They Good or Bad?». *Fordham Law Review*, vol. 61, 1992, p. 275.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, p. 284.



abogados y sus clientes conduce a una explosión en la actividad judicial. La fuente del conflicto aquí es bien conocida y radica en que un abogado que trabaja sobre la base de una tarifa por servicios tiene un incentivo para extender las horas de trabajo, aun cuando el trabajo adicional no implique un beneficio para su cliente (de otro lado, un abogado que tenga una contingencia respecto de un acuerdo salarial podría transigir un conflicto demasiado rápido: un conflicto diferente pero igualmente importante). Los clientes, por supuesto, buscan contrarrestar esta estrategia supervisando el trabajo de sus abogados, ya sea revisando las referencias, pidiendo facturación detallada o recurriendo a consultoría legal interna. Pero precisamente debido a que estos conflictos de intereses entre abogado y cliente son tan endémicos, no explican los explosivos niveles de crecimiento del trabajo legal en los últimos veinticinco años o más.

Con estas explicaciones de un lado, es posible hacer un retrato un poco más optimista de la situación. Tal vez estos aumentos son solamente una señal de la importancia de los servicios legales para aquellos que los reciben. El aumento en los últimos treinta años en los gastos en servicios de informática, cintas de video domésticas o vehículos recreativos supera largamente el de los gastos en servicios legales. Sin embargo, hay anuncios inteligentes, y no bromas pesadas, sobre la Macintosh Power Book, Terminator 2 y la *minivan* Toyota. Precios bajos y un aumento de calidad aportan a un aumento en la demanda en forma comprensible. En efecto, aun el fuerte aumento en los servicios médicos (que llega hoy casi al 14 por ciento del PBI, de 6 por ciento treinta años atrás) merecen en parte una interpretación benevolente. Los avances en la tecnología médica son tales que los médicos, hospitales y un gran grupo de entidades prestadoras de servicios de salud tienen hoy capacidad de atender a una población cada vez mayor. ¿Por qué caminar por ahí con un disco de la columna vertebral fuera de sitio o una rodilla dañada, cuando tratamientos innovadores se encuentran completamente disponibles? El cambio en los gastos entre sectores es en parte un síntoma de aumento de la salud y de mejores servicios, y no solo una señal de la incapacidad del gobierno, aunque también hay bastante de aquello.

Del mismo modo, los avances en la tecnología difícilmente ofrecen una explicación para el aumento masivo en el nivel de actividad gubernamental. El aumento en la tecnología ciertamente permite al gobierno supervisar áreas que antes tuvo que dejar no reguladas: el FBI utiliza chips para rastrear comunicaciones en Internet, porque es mucho más barato que la antigua interceptación de líneas.<sup>18</sup> La posibilidad de rastrear intercambios en los mercados de valores para descubrir los casos de uso de información privilegiada, por ejemplo, depende de un nivel informático que no existía hace una generación. Sin embargo, ese mismo poder está disponible para los individuos

---

<sup>18</sup> MARKOFF, John. «Cyberspace under Lock and Key». *New York Times*, 13 de febrero de 1994, p. 3.

que realizan los intercambios, de tal forma que si la regulación del uso de información privilegiada fuera deseable,<sup>19</sup> podría ser ejecutada por los mismos agentes que llevan a cabo los intercambios. De igual forma, el aumento en sofisticación tecnológica hace que los equipos sean más fáciles de usar y más accesibles para los usuarios. Ello facilita a las personas poder buscar y encontrar contrapartes contractuales, y facilita a las partes de un contrato observar la conducta del otro, en comparación con tiempos anteriores. Hoy es menos necesario agrupar a los trabajadores en sitios pequeños, en donde puedan ser directamente supervisados por la administración. En vez de eso, el avance de la información hace posible para los empresarios ensamblar equipos específicamente diseñados para tareas particulares y aportar al gran aumento en los trabajos temporales y las pequeñas empresas.<sup>20</sup> El tiempo muerto de los trabajadores en las firmas grandes y más rígidas puede ser mayormente eliminado. Entonces, el aumento en la tecnología puede aumentar el poder del Estado para regular, pero difícilmente eleva la necesidad de regular. La explicación para esa complejidad debe residir en otro punto.

Clark ofrece, por un lado, una explicación benigna citando el paso acelerado y la complejidad de las transacciones internacionales.<sup>21</sup> Pero nuevamente la explicación resulta insuficiente. Ciertamente hay alguna verdad en su observación acerca de que los acuerdos formales son más importantes en las transacciones entre extraños a distancia de lo que son en las transacciones entre individuos que trabajan cerca. Ese resultado ha sido observado, por ejemplo, por el excelente y detallado estudio de Lisa Bernstein sobre el mercado de diamantes,<sup>22</sup> que muestra los grandes niveles de formalidad que se introdujeron una vez que la empresa se expandió de los judíos hasídicos de Nueva York hacia el mercado japonés y el resto de Asia. Consecuentemente, sin embargo, su trabajo muestra que antes y después de esa expansión, los miembros de la industria trabajaron fuertemente para desarrollar y refinar métodos internos de resolución de disputas que evitaran el tener que acudir a las instancias judiciales.

Otras transacciones internacionales responden también a la exigencia de claridad contractual. Pero sería un gran error asumir que la mayoría de las prácticas internacionales modernas suponen la traducción de los contratos privados a muchas lenguas. Una gran cantidad de litigios se realizan al amparo de las leyes *antidumping*, que

---

<sup>19</sup> Véase infra, cap. 13.

<sup>20</sup> Véase LEWIN, Tamar. «Low Pay and Closed Doors Greet Young in Job Market». *New York Times*, 10 de marzo de 1994, p. A1, columna 1. Este artículo resalta el aumento del número de empleos temporales en 24,4 millones.

<sup>21</sup> CLARK, Robert C. Ob. cit., p. 288.

<sup>22</sup> BERNSTEIN, Lisa. «Opting out the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry». *Journal of Legal Studies*, vol. 22, 1992, p. 115.

actúan como si el daño concurrential<sup>23</sup> causado a las empresas locales representara una grave emergencia nacional, en vez de ofrecer a los consumidores y fabricantes estadounidenses (muchos de los cuales revenden sus mercancías fuera del país) la oportunidad de comprar mejores bienes a precios menores. Del mismo modo, la tributación por transacciones internacionales es un área de extraordinaria complejidad que no ha sido simplificada en absoluto por las sucesivas etapas de reforma tributaria, introducida frecuentemente por motivos muy limitados.<sup>24</sup> La expansión de los mercados globales debería, si tiene alguna consecuencia, reducir los costos de los servicios legales al aumentar el rango de opciones abiertas para todas las partes. La desalentadora complejidad de la regulación —y no el comercio internacional en sí mismo— hace de esta explicación más cancerosa que benigna.

De forma similar, creo que Clark no da en el blanco cuando afirma de manera optimista que el incrementado nivel de diversidad y multiculturalismo en los Estados Unidos aporta a los crecientes niveles de actividad legal. Eso probablemente sea cierto como un asunto descriptivo, dado el compromiso masivo con la regulación que marca el ideario estadounidense. La diversidad produce una gran diferencia en las opiniones y las exigencias de una población. Las batallas sobre legislación tienden a ser más grandes y más amargas dados los conflictos entre grupos que son difíciles de conciliar y representar cuando una mayoría está en posición de expropiar riqueza de una minoría. La legislación, en una palabra, trabaja mejor en sociedades homogéneas en las que el acuerdo sobre valores básicos reduce el nivel general de conflicto.

Pero, aun con un reconocimiento a Lani Guinier,<sup>25</sup> ninguna estructura de voto puede contrarrestar los peligros de división y polarización en una sociedad multicultural. No hay manera de que los grupos rivales se «turnen» el manejo del barco que es el Estado. En vez de luchar para crear sistemas de votación costosos que tienden a hacer las cosas peor, deberíamos tomar el enfoque más utilitario de reducir el número de decisiones que el gobierno deba tomar. Una vez que se da al gobierno su lugar, los cambios pequeños en el sentir de la gente conducirán no a un cambio drástico en el poder de una facción a otra sino a una expansión de las oportunidades dentro de un mercado. A los cambios pequeños en el gusto y el poder le siguen pequeños cambios en las fortunas de los individuos que compiten entre sí, sin las fuertes discontinuidades

---

<sup>23</sup> La expresión «daño concurrential» traduce la frase «competitive damage». Se entiende por daño concurrential la pérdida de utilidad causada al proveedor de un servicio por la entrada al mercado de un competidor, que toma una cuota de mercado antes atendida por aquel. (Nota de los traductores)

<sup>24</sup> Para aquellos que se arriesguen a entrar en estas aguas, en las que yo no me arriesgo, véase ISENBERGH, Joseph. *International Taxation: U.S. Taxation of Foreign Taxpayers and Foreign Income*. 3 vols. y un suplemento, 1990. El tema de la complejidad es debidamente notado en 1.13 y confirmado ampliamente en adelante.

<sup>25</sup> GUINIER, Lani. *The Tyranny of the Majority*, 1994.



y los interminables acuerdos políticos<sup>26</sup> que signan las encendidas batallas en la arena legislativa. No es posible, entonces, decir que la diversidad es una explicación benigna de la expansión de los servicios legales. El error aquí consiste en pensar que la diversidad funciona mejor con una expansión del rango e intensidad de las actividades estatales, cuando sucede todo lo contrario.

Todas estas explicaciones sufren de un defecto común consistente en no mirar lo suficientemente cerca los cambios en la composición de las leyes que están en los libros y los tipos de actividades que estas leyes obligan a los abogados y otros a desarrollar. Estas explicaciones, benignas o cancerosas, tampoco toman en cuenta trabajos más empíricos que buscan explicar la conexión entre el elevado número de abogados y el descenso en la productividad. Sin embargo, aquí algunos materiales antiguos nos proporcionan información. Stephen Magee y sus colegas han publicado un estudio que indica que la concentración óptima de abogados es aproximadamente el 60 por ciento de la que tenemos hoy en los Estados Unidos.<sup>27</sup> En opinión de Magee, cada abogado adicional que egresa de las escuelas de derecho estadounidenses reduce el PBI en 2,5 millones de dólares, una figura mucho más grande que el ya referido valor de los ingresos de ese abogado, por más importantes que estos pudieran ser.<sup>28</sup> En cierto sentido, la conclusión de Magee parece ser demasiado artificial,<sup>29</sup> porque sugiere que se necesita al 60 por ciento de los abogados cuando el número de abogados era mucho menor que eso antes del crecimiento explosivo de los abogados en los años setenta. Podría bien ser que el punto de quiebre ocurra aun antes de lo que él sugiere.

Sin perjuicio de ello, mucho de la aguda crítica contra la evidencia de Magee ha provenido de aquellos que creen, tal como Clark se inclina a pensar, que el número de abogados es siempre benigno.<sup>30</sup> Una línea de crítica es que Magee no puede desarrollar una teoría coherente sobre cómo los abogados pueden ser tan exitosos en su esfuerzo de prosperar a expensas del aparato político.<sup>31</sup> El gran número de abogados y su diversidad de intereses hacen improbable que puedan desarrollar un *lobby*<sup>32</sup> en los salones

<sup>26</sup> La expresión «acuerdos políticos» traduce el término «logrolling». (Nota de los traductores)

<sup>27</sup> Véase MAGEE, Stephen P., William A. BROCK y Leslie YOUNG. «The invisible Foot and the Fate of Nations: Lawyers and Negative Externalities». En Stephen Magee *et al.* (eds.). *Black Hole Tariffs and Endogenous Policy Theory: Political Economy in General Equilibrium*, 1989.

<sup>28</sup> MAGEE, Stephen. Carta al *Wall Street Journal*, del 24 de septiembre de 1993.

<sup>29</sup> El calificativo «artificial» traduce el término «tame». (Nota de los traductores)

<sup>30</sup> Véase EPP, Charles R. «Do Lawyers Impair Economic Growth?». *Law & Social Inquiry*, vol. 17, 1992, p. 585 y CROSS, Frank B. «Law Versus Economics?». *Law & Social Inquiry*, vol. 17, 1992, p. 653.

<sup>31</sup> La expresión «el aparato político» traduce la frase «the body politic». (Nota de los traductores)

<sup>32</sup> Se entiende por «lobby», desde los tiempos del antiguo Parlamento inglés, la práctica de influenciar las decisiones gubernamentales mediante agentes que representan los intereses de ciertos grupos ante los legisladores o funcionarios estatales. (Nota de los traductores)

del Congreso. Las dificultades en obtener la coordinación necesaria para la provisión del bien común deseado parecen difíciles de sobrellevar. Adicionalmente, es difícil asumir que los abogados sean tan eficientes que puedan satisfacer sus propios intereses a la vez que satisfacen los intereses de los grupos que representan. Tampoco es probable que el desvío del talento desde otras disciplinas hacia el Derecho (aunque la mayoría de estudiantes de educación científica sofisticada en mis clases sugiere lo contrario) haya agotado la productividad nacional en otras áreas importantes.

El segundo grupo de objeciones a la desafortunada tesis de Magee es que la información es difícil de interpretar porque la definición y las funciones de los abogados varían ampliamente entre las distintas sociedades, y porque los espacios laborales que ocupan los abogados dentro de nuestra sociedad varían enorme y frecuentemente: los abogados desarrollan actividades del gobierno, relaciones públicas, práctica financiera y muchas otras tareas porque necesitan recibir un buen entrenamiento en disciplinas colaterales para desarrollar bien su trabajo.

Pero, aunque estas objeciones tengan algún mérito, difícilmente son decisivas. El peligro que emana de una gran cantidad de abogados es el peligro que emana de una gran cantidad de leyes, dado el efecto multiplicador que las nuevas leyes tienen en las actividades de los individuos que no son abogados. No debemos asumir que los abogados fueron solo instrumentales en la promulgación de estas leyes. Los debates políticos bien podrían haber tomado una forma que hagan estrictamente necesario hacer un gasto legal adicional para combatir aquel daño material que los derechos civiles y las leyes sociales o ambientales tienen como fin contrarrestar. Muchos abogados podrían oponerse a la promulgación de estas leyes; pero, cualquiera sea el origen de una ley particular, los abogados se aferrarán a ella rápidamente si esta ayuda a sus clientes o ayuda a expandir el ámbito de su práctica profesional. La objeción al sistema legal vigente no depende de ninguna aseveración a si el problema es creación exclusiva de los abogados: otros pueden ser culpados. Es suficiente un firme compromiso con las ideas compartidas por el público en general para justificar la promulgación de la ley. Lo que importa no es el por qué se promulgan las leyes, sino cuál es el efecto que estas tienen sobre la fuerza productiva general del país.

Por lo tanto, no tenemos que aceptar los resultados de Magee como si ellos expresaran la verdad, ni preocuparnos por el tema que él propone. Adicionalmente, es importante notar que Magee mismo aduce, con una falsa precisión, que sus juicios solo son buenos en el margen: es solo el exceso de 40 por ciento de abogados lo que marca la diferencia.<sup>33</sup> Más genéricamente, parece como si de la relación entre el número de abogados y los niveles de productividad social siguiera una curva en forma de campana: hasta determinado punto los abogados aumentan la productividad y luego

---

<sup>33</sup> MAGEE, Stephen. *The Optimum Number of Lawyers*, 1992, p. 667.



de ese punto la productividad decrece tanto como aumenta el número de abogados. El reclamo empírico es que hemos pasado el punto de resultados positivos por cada abogado o servicio legal adicional.

La forma de esta curva tiene mucho sentido intuitivamente, por las mismas razones que hicieron a la curva de Laffer muy popular en los primeros años de la administración Reagan.<sup>34</sup> El argumento era, y es, que los ingresos fiscales siguen un patrón simple: hasta un punto las tasas altas aumentan la recaudación, pero luego de ese punto el impacto negativo que la imposición tiene sobre la producción resulta en un decrecimiento de la recaudación. Entonces, el nivel máximo de ingresos fiscales se recaudará a un nivel intermedio, por lo que es una pregunta empírica si el nivel actual de impuestos es demasiado alto o demasiado bajo. No debemos ignorar, sin embargo, que el objetivo social apropiado no es maximizar el monto de ingresos fiscales para el gobierno sino, por el contrario, maximizar el nivel de bienestar social para la comunidad en general. A la luz de las cargas adicionales que cualquier tributo impone en el funcionamiento de la economía, el bienestar social se lleva mejor manteniendo la imposición a niveles más bajos que los requeridos para maximizar el ingreso del gobierno. Es mejor dejar de gravar antes de tiempo que gravar por demasiado tiempo.

Una curva Laffer en forma de campana también tiene sentido para el número de abogados: una sociedad sin abogados es una sociedad en la que es imposible mantener el orden social o celebrar algo distinto de los más primitivos acuerdos de negocios. Hasta cierto punto, el aumento en el número de abogados es necesario para definir los derechos de propiedad, hacer cumplir<sup>35</sup> los contratos y mantener un sistema decente de Derecho Penal y administración pública. El aumento inicial en el número de abogados facilita así el desarrollo de estas útiles funciones sociales. Pero mientras su (o, debo decir, nuestro) número aumenta, los abogados asumen diferentes roles. Habitan la *Bleak House* como la encarnación de la antigua expresión «justicia tardía es justicia negada». Adicionalmente, estimulan un torrente de litigios que, lejos de incentivar la producción, perpetúa un ciclo interminable de una inútil y costosa transferencia de pagos mediante litigios y regulación. El abogado como litigante y el abogado como promotor de acuerdos (acuerdos con reguladores, acuerdos para burlar a los reguladores) asumen ambos connotaciones negativas. Existe un conflicto de intereses manifiesto entre el bienestar de los miembros de la profesión legal y el bienestar de la sociedad (grupo más grande), en el que la sociedad necesita menos leyes y menos abogados. Como sucede con la imposición, el mejor resultado es detener la intervención legal antes de que el límite legal se haya alcanzado.

<sup>34</sup> Véase WANNINSKI, Jude. «Taxes, Revenues and the “Laffer Curve”». *Public Interest*, invierno, 1978, pp. 3-16.

<sup>35</sup> La expresión «hacer cumplir» traduce el término «enforce». (Nota de los traductores)

Es, por supuesto, un asunto empírico el definir cuándo la curva inicia el descenso. Pero cualquiera sea el desacuerdo sobre la ubicación precisa de ese punto, hay —o al menos debería haber— un acuerdo mayoritario en que ya lo hemos cruzado, aunque estemos en desacuerdo con los números precisos de Magee. Existen, en una palabra, demasiados abogados, y la pregunta es qué debe hacerse respecto de eso. El problema es social, dado el fuerte sustento del juego del «dilema del prisionero». Existen ganancias de corta duración cuando se contrata asistencia legal, seguidas de consecuencias no deseables que se producen cuando la práctica se hace universal. Algún método colectivo de control debe operar, porque es infructuoso pedir a cada uno comprometerse a cometer la insensatez de «desarmarse» unilateralmente. Aun así, eso solo ocurrirá cuando la legislación sea rechazada a una escala tan grande como ya ha sido propuesto, y cuando los jueces dejen de conceder a los demandantes los derechos que las anteriores decisiones judiciales han concedido.

Aunque hay ejemplos aislados de contracción de los reclamos legales, la tendencia general está claramente en dirección contraria: se exigen más leyes. Nuestras aspiraciones hacia lo que un sistema legal puede hacer para cambiar las circunstancias sociales son simplemente demasiado altas. Tratamos de resolver más y más problemas mediante la intervención legal, y menos por medio de acuerdos voluntarios y prácticas informales. Se ha instalado una suerte de Ley de Gresham,<sup>36</sup> pues el aumento de la dependencia en abogados y procedimientos legales hace menos efectivos a los medios informales de hacer negocios. Cualquier caso individual bien puede presentar buenas razones para alguna nueva intervención reguladora (la adopción de la legislación sobre licencia laboral por razones familiares es una batalla reciente),<sup>37</sup> pero el efecto acumulado y combinado de las incontables innovaciones legales tiende a ignorarse en la interminable aventura para adoptar cualquier innovación independiente. Lo que aparece como noble en el caso individual se torna dudoso en el conjunto. Gradualmente, nuestro extenso nivel de ambición social nos lleva a un cuerpo de normas legales muy complejo, que solo los abogados pueden entender y navegar a tarifas no muy flexibles. La virtud de la simplicidad, alrededor de la cual este libro está organizado, nunca es rechazada, pero siempre tiene insuficiente respeto y aprecio. En distintos grados,

---

<sup>36</sup> La Ley de Gresham [Gresham's Law], denominada así por Sir Thomas Gresham (1519-1579), financista inglés quien, se dice, la formuló, postula que, cuando dos o más tipos de moneda de igual denominación pero diferente valor intrínseco están en circulación al mismo tiempo, la que tiene mayor valor tenderá a ser objeto de especulación o a ser exportada. En forma coloquial, se expresa en el principio de que la mala moneda sacará a la buena moneda de circulación. (Nota de los traductores)

<sup>37</sup> Para una explicación sobre por qué la legislación sobre licencia por razones familiares será muy probablemente otra interferencia arbitraria [esta expresión traduce la frase «unwarranted interference»] en el contrato de trabajo, véase DELONG, James V. «Crass Act: Why Family Leave Won't Work: Family and Medical Leave Act of 1993». *The New Republic*, 19 de abril de 1993, p. 14.



encontramos que los actores públicos y privados deben todos recurrir a abogados o a administradores sumergidos en leyes para resolver sus problemas particulares.

A pesar de los enormes avances tecnológicos de la generación pasada, las expectativas de los ciudadanos estadounidenses han sido, en el mejor de los casos, pobres. Los niveles salariales apenas han sido constantes durante los últimos años y tal vez hasta hayan tenido un leve decrecimiento, especialmente para los hombres blancos.<sup>38</sup> Las posibilidades de mejor formación laboral y salarios más altos son, además, pequeñas; y no existe en este país, al menos, ningún sentir general de que los niños vivirán vidas más felices que sus padres. Por el contrario, tratamos de encontrar virtudes en una filosofía de límites y sacrificio, sin ningún sentido claro de si las privaciones del momento resultarán en mayores ganancias para la siguiente generación. Podría bien ser que enfrentemos sacrificios sin fin y sin una finalidad aparente. La promesa de la tecnología parece ilimitada. El poder de los acuerdos sociales para traducir esa tecnología mejorada en mayor prosperidad y mayor felicidad parece mucho más improbable. Este mal no se reduce solo a los Estados Unidos. Hay fuertes señales de que la creación de empleos se ha perjudicado en la Unión Europea y aun los japoneses han descubierto que es imposible dar a los trabajadores contratos de por vida en una mala economía. La fuente precisa de dificultades en estos países seguramente no es la misma que en el nuestro; en una palabra, posiblemente su daño fue, traído más por una regulación directa, mientras que en los Estados Unidos el daño fue traído por una combinación de regulación directa y litigios privados. Pero, igualmente, el problema ha surgido.

La fuerte incomodidad social subyacente debería conllevar una revisión fundamental de nuestras formas colectivas de hacer negocios. Pero cuando se menciona esa iniciativa, encuentra el mismo sentimiento de desconfianza e incomodidad que aqueja a la actual situación. Ni siquiera la caída y la desintegración del socialismo en Europa Oriental y la antigua Unión Soviética han conducido a una respuesta clara a esta pregunta: si la propiedad del gobierno sobre los bienes de producción es tan mala, ¿por qué la regulación gubernamental sobre los bienes de producción privados es tan buena? Y esa es exactamente la pregunta que debe hacerse. Necesitamos un comienzo fresco, un comienzo que este libro espera traer.

Para entender algo acerca de cómo funciona el sistema legal y por qué ha marchado tan equivocadamente, deberé organizar este libro alrededor del tema de las reglas simples y tratar la creciente complejidad legal como una dura señal de que algo ha ido muy mal. En el capítulo 1, explicaré qué entiendo por simplicidad (en sí misma una concepción bastante complicada) y su función en el entendimiento de la operación del sistema legal. Luego, en los capítulos 3 al 6, continuaré con lo que abordo como

---

<sup>38</sup> Véase, por ejemplo, LEWIN, Tamar. «Low Pay and Closed Doors Greet Young in Job Market». *New York Times*, 16 de agosto de 1994, p. A18.

las normas legales sustantivas necesarias para formar un sistema legal que sea simple en su operación y suficientemente duradero para satisfacer las necesidades de la compleja sociedad moderna a la que sirve. En particular, trataré de mostrar cómo las concepciones tradicionales hechas por jueces del *common law* son, si algo, más adecuadas a un mundo moderno complejo que a la muy simple y pasada época en la que fueron creadas. Al hacerlo, ofreceré explicaciones funcionales de los roles de la autonomía privada para la adquisición de propiedad privada, para la transferencia de recursos humanos y materiales bajo un régimen de contratos privados, y para la protección de las personas y la propiedad de agresiones, concedida por medio de las leyes sobre responsabilidad civil extracontractual.

Estas primeras cuatro reglas constituyen la ley apropiada para una forma de Estado social mínimo, y cubren mucho de lo que un buen sistema legal debería desear. Sin embargo, estas reglas son insuficientes para un sistema legal de buen funcionamiento, porque es también necesario especificar las pocas y limitadas circunstancias en las que los individuos y el Estado no se encuentran obligados a mostrar absoluto respeto por los derechos individuales, y pueden obligar a las demás personas a ceder su propiedad a cambio de una compensación justa. Ninguna de estas reglas, sin embargo, está en acuerdo con uno de los temas persistentes de la sociedad moderna: el invasivo deseo de enfrascarse en actos de redistribución, sea por transferencias directas o por beneficios obligatorios impuestos a las partes, típicamente empleadores en el sector privado. En el capítulo 7, trataré de indicar tanto los peligros de estas formas de redistribución como alguna manera, un impuesto simple, que les permita continuar, pero de forma limitada y responsable.

En la segunda parte del libro, discutiré algunas aplicaciones de los principios generales en determinadas áreas de la responsabilidad que han sido de preocupación social general. En los capítulos 8 y 9 trataré varias restricciones contemporáneas sobre los contratos de trabajo. En el capítulo 10 discutiré el tema más especializado de la responsabilidad por pérdidas financieras debido a negligencia profesional. En los capítulos 11 y 12 recorreré la evolución de la ley de responsabilidad por productos defectuosos. En los capítulos 13 y 14 me ocuparé de temas de Derecho Corporativo, y en el capítulo 15 redondearé la discusión con un examen de las preocupaciones ambientales. El libro concluye con una observación sobre las posibilidades alternativas. Soy consciente de que existen muchos temas que este libro podría tratar y que resultan excluidos de él y a los que las soluciones simples que definiendo podrían dar respuestas completas. Solo hay un tratamiento ligero acerca de la salud y la educación, áreas ambas que sufren de una gran participación del Gobierno y que ha generado muy pocas, si algunas, ganancias. Pero no es posible atacar todos los males del mundo en un solo libro, por lo que espero que los temas discutidos aquí den un marco de trabajo conveniente que permita el análisis de asuntos similares que escapan a su alcance específico.



PRIMERA PARTE

ADENTRÁNDONOS EN LA COMPLEJIDAD





## CAPÍTULO 1

# Las virtudes de la simplicidad

*REGLAS SIMPLES PARA UN MUNDO COMPLEJO* propone una importante paradoja social. Todos estamos de acuerdo hoy en día en que el mundo se ha vuelto más complejo y que se hará aún más complejo en el futuro. El desmesurado avance de la tecnología, la información y las comunicaciones, así como el aumento de la población y la constante migración de personas a través de las fronteras nacionales, son todos fenómenos tan conocidos y estudiados que no tiene sentido referirse a ellos. Paralelamente, la frecuencia y complejidad de las normas legales que gobiernan la sociedad han aumentado significativamente. Por cuestiones de supervivencia individual hay grandes razones para acostumbrarse, tal vez resignarse, a la serie de normas legales complejas que gobiernan cada aspecto del comportamiento humano. Como un tema práctico, parece que la situación no cambiará repentinamente, ni pronto. Empero, la situación actual no es inevitable ni deseable. Como un tema normativo, la visión convencional se manifiesta exactamente en el sentido contrario. La respuesta apropiada a las sociedades más complejas debe ser una mayor confianza en las normas legales simples, y la exclusión de reglas antiguas, frecuente y fácilmente descartadas como curiosas reliquias de la extinta época de las carretas. Sin embargo, estas reglas han sido dejadas de lado en favor de enfoques que, a todas luces, frustran los talentos e iniciativas humanas que supuestamente deben protegerse y promoverse. Mi objetivo en este libro es desarrollar un cuerpo de reglas simples capaces de manejar los más complejos grupos de relaciones sociales imaginables, ya sea en los Estados Unidos o en cualquier otro lugar.

Ofrezco, por tanto, un conjunto de postulados universales cuya bondad no está sujeta a las controversias de nuestros días o al ambiente social y legal dentro de los Estados Unidos. En un sentido, esta visión es decididamente poco popular, porque es común en los escritos sobre Derecho Comparado el enfatizar las interminables diferencias entre las leyes de un país y otro. Sin embargo, la similitud de los problemas subyacentes a ellas hace insignificante cualquier diferencia en las respuestas que las distintas leyes nacionales den a ellos. En el nivel más general, toda sociedad tiene que elegir entre demandas que rivalizan por recursos escasos. En toda sociedad, la limitación que la escasez conlleva se refleja en el interés propio de los individuos que la componen,

dado que el interés individual induce a las personas a tomarse en cuenta a sí mismas primero, a sus familiares y amigos en segundo lugar, y luego y muy por detrás al resto. Para hacer las cosas más complicadas, ese interés individual tiene un lado bueno y un lado malo en todas las estructuras sociales. De un lado, el interés individual suele ser la fuente de la alta cultura y del gran arte, de los avances tecnológicos, del intenso esfuerzo, de la excelencia individual, así como de una sostenida corriente de confiables bienes y servicios. De otro lado, el interés individual es, a su vez, fuente de robo, difamación, engaño, intrigas privadas y abuso de autoridad pública y privada. Encontrar maneras de controlar los impulsos humanos dañinos y permitir a los útiles desarrollarse es un problema que confrontan todas las sociedades en todas las épocas, no solo la nuestra hoy.

Las formas de intervención legal más útiles que permiten separar el buen comportamiento humano del malo también muestran la relativamente poca variación entre las culturas. Todo sistema de leyes debe abordar la adquisición de propiedad, las limitaciones al uso de la fuerza, la relevancia jurídica de las promesas,<sup>1</sup> la creación de facultades y privilegios estatales, la recaudación de impuestos y el gasto de los ingresos fiscales. A partir del uso y de la imposición de los límites al poder del Estado, es fácil entender qué está pasando en las diversas culturas. Dos personas de diferentes países que comparten la misma orientación filosófica llegan a un acuerdo de manera más sencilla que dos personas de la misma cultura que no la comparten. Un entusiasta del libre mercado estadounidense se entenderá más fácilmente con un ciudadano brasileño o surcoreano de ideas similares que con el socialista que vive en la casa de al lado. Realmente no es ninguna sorpresa que el clásico de Friedrich Hayek, *The Road to Serfdom*, se haya vuelto la fuerza intelectual detrás del ataque al gobierno socialista, aunque la mayoría de sus ejemplos estaban basados en la experiencia británica con el socialismo, medio siglo antes.<sup>2</sup> Los usos y problemas de la regulación estatal, así como la relación entre los mercados y la política, dan una respuesta sólida cada vez que se abordan estos temas. Ningún aspecto impenetrable del entendimiento separa las normas legales de un país de las de otro. Por ello, el adaptado Código Civil alemán funciona sin mayores problemas como base de la Ley japonesa, sin perjuicio de las enormes diferencias culturales que existen entre los dos países. Los cimientos de todos los sistemas legales son generalmente los mismos.

De la misma manera, está fuera de discusión que ha habido una expansión en el gobierno a lo largo del mundo, sin importar las diferencias locales en práctica política o estructura constitucional. Con la caída de las economías socialistas y de la antigua

---

<sup>1</sup> La expresión «la relevancia jurídica de las promesas» traduce la frase «the enforceability of promises». (Nota de los traductores)

<sup>2</sup> HAYEK, Friedrich. *The Road to Serfdom*, 1944.

Unión Soviética y Europa Oriental, hoy existe (afortunadamente) muy poco apoyo a la propiedad directa del gobierno sobre las fuentes de producción. Como una teoría política, hoy en día, el socialismo opera a un nivel distinto. En el ámbito personal, habla de la alineación del individuo, y enfatiza la necesidad de asistencia y distribución, así como y de las políticas necesarias para dichos fines. En el ámbito regulador, busca identificar sectores específicos en los que existen fallas de mercado y luego someterlos a varias formas de regulación gubernamental. Despoja de más actividades al ámbito privado, creando en forma obligatoria derechos a la vivienda, a la educación, al bienestar y al cuidado médico. El remanente del socialismo trabaja, por decirlo así, en un plan de pago por cuotas, en el que actúa como un poderoso contrapeso a la percepción del Estado como vigilante nocturno, principalmente preocupado por la paz pública y el orden. En nuestra corregida serie de normas sociales, los asuntos que antes se consideraban sujetos a las decisiones privadas —el uso de la tierra antes de las leyes de zonificación, o las negociaciones privadas antes de las leyes contra la discriminación— figuran en todos los planes como temas de regulación pública.

### LA SIMPLICIDAD EN SÍ MISMA

A partir del desarrollo alcanzado en los últimos tiempos, la percepción común es que es inútil esperar el regreso a la recordada simplicidad de una idealizada época antigua. Las críticas a la complejidad de las normas a menudo son acogidas con indiferencia por aquellos que consideran la proliferación de normas legales como una necesidad inevitable, ni mala ni buena en sí misma. Esta actitud resignada hacia la simplicidad a menudo se refuerza por un ardid conceptual que postula que no existe una clara definición de simplicidad en primer lugar. Se dice que nadie conoce cómo definir o medir la simplicidad legal. En el nivel más básico, los exitosos movimientos de simplificación que se han dado en generaciones anteriores desmienten esta escéptica actitud. En el siglo XIX, Inglaterra y los Estados Unidos presenciaron una enorme simplificación del sistema legal y la ley de tierras: las formas técnicas usadas para transferir el título legal y las engorrosas acciones judiciales utilizadas para hacerlo cumplir fueron eliminadas mediante un movimiento de reforma que produjo escrituras simples y sistemas funcionales de información pública que han vivido exitosamente hasta la fecha.<sup>3</sup>

Por razones prácticas, parece demasiado imprudente tomar la escéptica visión de que las reglas simples son un sueño de opio imposible debido a nuestra incapacidad colectiva para traducir intuiciones ordinarias sobre reglas simples en proposiciones

---

<sup>3</sup> El autor se refiere al cambio producido en la época del surgimiento del sistema de registro público de inmuebles. (Nota de los traductores)



que puedan probarse. Ninguna definición puede abarcar el tema con total certeza. Empero, lo opuesto a la simplicidad es la complejidad, y es posible identificar algunos de los elementos críticos que determinan que un conjunto de reglas sea complejo. Peter Shuck, en su propio estudio sobre la complejidad legal, ha buscado organizar el campo en una forma típicamente complicada, haciendo referencia a las cuatro distintas variables que él denomina indicadores de un conjunto de reglas complejo: densidad, tecnicismo, diferenciación e indeterminación o *indefinición*.<sup>4</sup> Las normas legales densas son numerosas y cubren con gran detalle todos los aspectos de una determinada transacción: quién puede participar, qué formas pueden usarse, qué términos están permitidos, qué aprobaciones deben obtenerse. Las normas técnicas son aquellas que requieren un cierto nivel de experiencia para entenderse y aplicarse. Los ciudadanos comunes no pueden saber si están cumpliendo o no con la ley y si están sujetos a sanciones. De este modo, deben refugiarse y pedir consejo a profesionales muy bien pagados, principalmente contadores y abogados. Las leyes que regulan los impuestos sobre las actividades mercantiles, los planes de pensiones y la seguridad social son tanto densas como técnicas, características que, frecuentemente, van de la mano.

En la terminología de Schuck, la diferenciación está referida al número de fuentes que podrían traerse a colación en una situación determinada, usualmente de forma entrecruzada e inconsistente. Así, las leyes federales, estatales y locales regulan los accidentes de trabajo. De hecho, es posible que más de un cuerpo legislativo federal sea aplicable: las normas de seguridad en el trabajo podrían requerir el uso de timbres y alarmas a volúmenes prohibidos por las leyes ambientales. De forma similar, las leyes estatales y locales sobre preservación de monumentos podrían prohibir las alteraciones que las leyes federales y estatales de acceso para los discapacitados exigen; y las leyes sobre negociación colectiva podrían requerir a un funcionario del sindicato tomar acciones para proteger a los actuales miembros de una unidad de negociación y, de esa forma, violar las leyes contra la discriminación. En un gran número de casos surge la pregunta de si determinada ley federal debe prevalecer frente (esto es, debe preferirse) a alguna ley estatal o local, tendencia que no muestra ningún signo de retroceso. Un tema común en estos casos es la medida en que un sistema de regulación federal directa trabaja con fines opuestos a un sistema de demandas privadas por daños.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> SCHUCK, Peter. «Legal Complexity: Some Causes, Consequences and Cures». *Duke Law Journal*, vol. 42, 1992, p. 3.

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, *Cipollone v. Liggert Co.*, 112 S Ct. 2608 (1992), sobre los efectos de una ley federal de etiquetado de cigarrillos sobre demandas privadas establecidas en el ámbito estatal contra los fabricantes. El caso involucraba las etiquetas de los paquetes y las advertencias y materiales usados en la promoción y publicidad. Se discutía un diseño defectuoso, la omisión de advertencias sobre los efectos secundarios, el exceso de publicidad, las garantías implícitas en el producto, la negligencia y responsabilidad por daños, muchos de los cuales se establecieron solo después de la promulgación inicial de la ley en 1965.

La última prueba de Schuck enfatiza el nivel de incertidumbre que se genera en el esfuerzo para aplicar una determinada regla. Las reglas más simples, según esta prueba, son aquellas cuya respuesta a una pregunta simple determina el resultado legal. Los requisitos de edad para ejercer el derecho de voto o la función pública se ofrecen usualmente como las reglas simples más elementales, porque la sola respuesta a una pregunta obvia establece los derechos y obligaciones legales. En el lado opuesto de la moneda están aquellas reglas que son hoy mucho más comunes: para decidir si determinado producto tiene un defecto de diseño, es necesario revisar una lista de seis, diez o quince factores, todos los cuales son relevantes en la decisión pero ninguno de los cuales es determinante. En cada caso, ambas partes del litigio están obligadas a jugar un juego de «filos», en una interrogante que está estructurada para hacer imposible que se tengan respuestas firmes a cualquier pregunta. Por ello, los litigantes deben sacar el máximo provecho de cada factor y darse cuenta de que una impresionante victoria lograda en el factor 4 puede borrarse por una derrota calamitosa en el factor 7. En esencia, la pregunta que necesariamente tiene una respuesta de sí o no —¿es el demandado responsable frente al demandante?— no está controlada por un interruptor de encendido/apagado sino por un examen costoso, pesado e incierto.

Schuck ha aislado la mayoría de las variables que debemos considerar relevantes para la pregunta de si determinadas normas legales son simples o complejas. De forma genuinamente compleja, su lista de factores relevantes descarta cualquier pregunta simple sobre el tema de la complejidad legal, pero alude a un cúmulo de reglas que van desde las muy simples hasta las asombrosamente complejas —como corresponde a nuestro entendimiento común del tema—. Paradójicamente, sin embargo, sus factores no dirigen su ataque a la crítica relación entre la norma legal y lo socialmente regulado: ¿cuál es el costo del cumplimiento, público y privado, de una determinada regla? Aquí la conexión obvia es que a menor costo de cumplimiento, más simple es la regla, aun cuando al mismo tiempo sea tonta, perversa y contraproducente.

En esta área, las primeras impresiones pueden engañarnos: las reglas que parecen extremadamente complejas podrían ser bastantes simples en la práctica si su perjuicio es fácil de evitar. Schuck cita la vieja y notoria regla del *common law* contra las perpetuidades como un antiguo ejemplo de una norma legal compleja: «Ningún interés será válido a menos que se delegue, por lo menos, a una vida en existencia más veintiún años, con excepciones por períodos de gestación» es la clásica expresión moderna de la regla. Los lectores no formados en Derecho no entenderán lo que dice esta regla o por qué es importante. Su exposición completa ocupó quinientas páginas del clásico tratado de John Chipman Gray sobre el tema en el siglo diecinueve; dominar la regla es un rito de tránsito que las generaciones de estudiantes del Derecho de Propiedad quisieran olvidar. Al menos una corte ha postulado que el no entender esta regla no es base de una posterior negligencia profesional. Ningún «laico» verá un peligro para la República en un regalo (inválido bajo la regla) que se ofrece «al primer hijo de A (una



persona viva) que se convierta en abogado» —lo que podría suceder el próximo martes— y la validez incuestionable de un regalo a «todos los descendientes del príncipe Carlos vivos 21 años después de la muerte del último hijo del príncipe Carlos vivo a la fecha de este regalo»— lo que podría suceder dentro de cien años.<sup>6</sup>

No es mi intención explicar aquí cómo funciona la regla, ilustrar sus peculiares consecuencias, explorar sus orígenes históricos, comentar las fortalezas y debilidades de sus justificaciones sociales o proponer una reforma legal radical. Por el contrario, pretendo evidenciar un punto sobre esta regla que la hace simple: en la práctica es fácil para cualquier abogado evitar su aplicación. La regla aparenta ser una ley positiva contra la creación de ciertos tipos de regalos a personas vivas o aún no nacidas y representa un increíble laberinto para las personas descuidadas y suficientemente ingenuas para caer en sus garras. Pero paralelamente al corral de conejos creado por la regla corre una gran carretera de cuatro pistas, abierta a todos los viajeros, en la forma de una cláusula de excepción típica,<sup>7</sup> que se puede insertar fácilmente en cualquier testamento o escritura, que hará válido casi cualquier regalo concebible que el preocupado testador o amoroso padre desee hacer. En la práctica entonces, la regla consume muy pocos, si algunos, recursos sociales; altera pocos, si algunos, planes privados de testamento; no conlleva ninguna respuesta administrativa de jueces o funcionarios ávidos de reafirmar su poder frente a los actos privados de evasión; y genera solo disputas académicas sobre posibles reformas.<sup>8</sup> La completa ausencia de modificaciones en esta área está muy lejos de la red de impuestos a la renta, a la propiedad inmueble y a las sucesiones que frecuentemente abrumba a los más inocentes donativos familiares. En este ámbito, cada transacción (salvo aquellas pequeñas transacciones que están fuera del ámbito de aplicación de las leyes tributarias) debe darse por medio de una estructura legal siempre cambiante, a no ser que uno quiera entregar todos sus bienes a la caridad o al gobierno. De este hecho se sigue que la condición *mínima* para

---

<sup>6</sup> Véase GRAY, John Chipman. *The Rule Against Perpetuities*, 1.<sup>a</sup> ed., 1886. El resumen más famoso se encuentra en LEACH, W. Barton. «Perpetuities in a Nutshell». *Harvard Law Review*, vol. 51, 1939, p. 638. El caso que exoneró al desafortunado abogado de una presunta negligencia profesional fue *Lucas v. Hamm*, 364 P.2d 685 (1961), y fue resuelto equivocadamente. La restricción al primer niño que se convierta en abogado es incorrecta, porque todos los hijos vivos de A podrían morir mañana y un nuevo hijo, nacido después del regalo, no podría convertirse en abogado hasta 21 años después de la muerte de A, la única «vida en existencia» que podría hacerlo válido. El regalo a los descendientes de la reina Isabel está correctamente realizado porque todas las personas deben estar identificadas dentro de los 21 años posteriores a la muerte del príncipe Carlos, él mismo una «vida en existencia» para efectos de su legado.

<sup>7</sup> La expresión «cláusula de excepción típica» traduce la frase «standard savings clause» en el texto original. (Nota de los traductores)

<sup>8</sup> Las propuestas de reforma son muchas y muy complicadas, y el repudio de la regla está rara vez en los programas. Para un resumen, véase DUKEMINIER, Jesse. «A Modern Guide to Perpetuities». *California Law Review*, vol. 74, 1987, p. 1867.

calificar una regla como compleja es que cree obstáculos de regulación pública para el resultado de determinado objetivo privado. Más allá del rigor matemático de la regla contra las perpetuidades, la disponibilidad de la cláusula de excepción convierte a la regla en una distracción momentánea, un inofensivo gatito en comparación con las formas modernas de regulación estatal y tributación.

Así, gracias a la existencia de esta puerta de escape, la regla contra las perpetuidades se vuelve opcional para los propietarios, aun cuando aparenta ser obligatoria formalmente. En la práctica, la puerta de escape legal más simple es aquella que añade cuatro palabras a la expresión formal de cualquier norma: «salvo pacto en contrario».<sup>9</sup> Toda regla que contenga estas cuatro palabras no constituye, en mi opinión, una regla compleja, porque aquellos a quienes no guste lo que ella prescribe escaparán de su aplicación. Estos sujetos bien podrían crear reglas privadas de conducta que sean más complejas que cualquiera que la ley pudiera crear, como cualquier miembro de un condominio puede aseverarlo. Pero, ¿por qué debemos objetar que las personas quieran hacer su vida complicada mientras no nos perturben con ellas? Y aun aquí las apariencias son decepcionantes, pues gran parte del Derecho de Contratos moderno tiene muy poco que ver con el establecimiento de términos de negociación entre las partes. Muy frecuentemente, los problemas serios surgen cuando un acuerdo pleno de negocios debe hacerse indebidamente complejo para minimizar el riesgo introducido por la regulación o las normas tributarias, problemas que un simple escape legal como el citado no puede evitar.

Aun así, la frase «salvo pacto en contrario» no elimina la necesidad de normas legales. «Salvo pacto en contrario» es una estrategia posible solo cuando la cooperación voluntaria es una estrategia factible. Esta regla no puede solucionar una controversia entre extraños sobre la adquisición y el uso de propiedad, y no ofrece ninguna protección contra los poderes coercitivos y de imposición del gobierno. Cuando el Internal Revenue Code otorga 25 tratamientos tributarios diferentes para varias formas de interés, entonces el régimen legal es más complejo que uno que toma una posición uniforme en la cual todos los pagos de interés son (o no son) deducibles del impuesto. Si bajo un régimen legal una fábrica o una casa de verano puede construirse sin una autorización gubernamental previa, entonces ese sistema es más simple que aquel que requiere una aprobación de la autoridad de zonificación local, que es a su vez más simple que uno en el que se requiera la aprobación de múltiples autoridades y reguladores estatales y federales. En el mundo de la coerción gubernamental —que es un mundo que continúa expandiéndose— no existe «salvo pacto en contrario» sino el consenso unánime de una creciente lista de partes

---

<sup>9</sup> En el texto original, el autor refiere que este recurso añade solo tres palabras: «unless otherwise agreed». (Nota de los traductores)



interesadas: las partes privadas que inician la transacción, el laberinto de los grupos de interés que podrían oponerse a ella y los batallones de funcionarios del gobierno que deben aprobar su operación.

También es un error peligroso considerar simple una regla solamente porque es corta. Una norma legal que permita al empleador despedir al trabajador solo por «causa justa» no es una regla simple, porque la opción de «salvo pacto en contrario» no está disponible y la lista de consideraciones relevantes que permiten determinar cuáles despidos fueron justos y cuáles no es casi interminable. De igual forma, cualquier regla que prescriba que los individuos tienen derecho a un automóvil y a un seguro de salud como algo fundamental no es una regla simple. La declaración de un derecho fundamental necesariamente requiere un análisis en el que se evalúe cuántos seguros serán provistos, qué precio se cobrará, quién pagará el subsidio y en qué condiciones puede ser discontinuado. Así, la definición básica del derecho es solo el prelude de todo un grupo de preguntas adicionales que no pueden resolverse sin un profundo examen fáctico y una interpretación legal. De hecho, cualquier sistema de declaración de derechos fundamentales vendrá acompañado de esta dificultad.

Cabe formular dos advertencias adicionales. En primer lugar, la proposición de que las reglas simples son mejores para un mundo complejo no implica que cualquier regla simple podría cumplir esa función. Una regla que prohíbe el matrimonio o el trabajo es muy simple en la forma, pero desastrosa en sus consecuencias sociales. Una regla menos comprensiva que prohíba al empleador fijar cualquier edad para el retiro obligatorio es en apariencia simple, pero no es por esa sola razón deseable. La gente aún tiene que ser contratada y despedida. Por ello, cuando la empresa ya no pueda recurrir a las soluciones contractuales ordinarias, irónicamente, vendrán de manera necesaria soluciones reguladoras más complejas en el curso de determinar si los trabajadores pueden ser rebajados de categoría, recibir recortes salariales, ser transferidos, recibir pensiones, ser elegibles para entrenamiento en el centro laboral y todos los demás asuntos correspondientes. La simple prohibición de un término contractual esencial altera todo el resto y, necesariamente, conduce a una respuesta reguladora compleja, y a respuestas igualmente complejas de las partes reguladas. Nada de esto ocurre con la regla contra las perpetuidades y su cláusula de excepción.

Segundo, algunas reglas complejas son inevitables de un lado y no necesariamente deseables, del otro. Al tratar el hecho delictivo, las normas legales que regulan el homicidio deben listar la graduación de los móviles, la intención y el conocimiento; deben definir las fronteras entre el homicidio, el asesinato y la muerte por accidente; y se encuentran obligados a delinear los eximentes en cada caso: legítima defensa, provocación, abuso, demencia y similares. Las reglas aquí son ciertamente complejas bajo cualquier medida convencional y podrían, ciertamente, verse beneficiadas por una

sana dosis de simplificación.<sup>10</sup> Sin embargo, estas no son el tipo de reglas que estudiaré en este libro. Históricamente, estas reglas son de origen muy antiguo, y han precedido largamente al desarrollo del Estado regulador. Más aún, su impacto en la conducta diaria de la gente común es relativamente ligero, tal vez solo porque la condición inicial para su aplicación —la muerte intencional y premeditada de otra persona— es algo que la mayoría desea y es capaz de evitar con una conducta ordinaria. La ley penal sobre el homicidio provee su propio puerto de salvamento: no mate a nadie. En contraste, las reglas que rigen el uso de la propiedad o la contratación y despido de empleados, o incluso la venta de productos o la compra y venta de empresas, no proveen una protección similar. Por el contrario, estas reglas constantemente se entrometen en la vida cotidiana de las personas productivas comunes y no están dirigidas contra las actividades destructivas de una pequeña parte de la población. Para mis fines al menos, una regla compleja es aquella que, aparte de cumplir con los criterios de Schuck, ocupa en su aplicación las actividades sociales cotidianas, sin estar dirigida solamente a las actividades peligrosas de aquellos que viven al margen de la sociedad. La complejidad de las normas legales no supone un simple examen de las características inherentes y formales de las leyes, sino que conlleva un análisis de cuán útiles son estas en la sociedad.

Con estas aclaraciones las cuatro pruebas de Schuck parecen dar una medida aproximada de los costos privados del cumplimiento y, por ende, de la medida relativa de complejidad con la que debemos tratar. Mientras menos y más accesibles sean los factores requeridos para hacer una decisión legal, más simple será el sistema legal y, si todo lo demás permanece igual, mejor será su funcionamiento.

## MÁS ALLÁ DE LA SIMPLICIDAD

Aun cuando las reglas simples se distingan de las complejas, ¿por qué deberíamos preocuparnos? ¿Por qué alguien debería referirse a la simplicidad como un fin en sí mismo? Claro, la simplicidad tiene efectivamente la característica positiva de que nadie está en contra de ella; *ceteris paribus*, todas las personas, independientemente de su posición en el espectro político, prefieren un conjunto de reglas simples que un conjunto complejo. En principio, aun los lectores que disientan de mis instintos liberales de Estado reducido, deberían aceptar, al menos, esta parte del análisis. Las dificultades comienzan con los reclamos respecto de que ninguna regla simple puede generar los beneficios sociales de las reglas complejas. En este punto, mucho depende de la elección de la base o perspectiva. En relación con el estado de

---

<sup>10</sup> Véase el *Model Penal Code* (borrador oficial, 1962).

naturaleza,<sup>11</sup> cualquier sistema de leyes es complejo, entonces el tema de la simplicidad no tendría ningún aspecto independiente o normativo. Por el contrario, la preferencia sería por reglas que conscientemente maximicen la felicidad humana o el bienestar. Hoy, sin embargo, estamos tan lejos del estado de naturaleza como puede imaginarse. En relación con el mundo, como opera hoy, la simplicidad se torna un útil *examen* para decidir si una reforma legal propuesta *aumentará* el bienestar humano, aun cuando ningún grupo de cambios cuantitativos podría maximizarlo.

Dentro de los círculos profesionales filosóficos y económicos, la «utilidad» se ha convertido en el continente «multipropósito» para aquellos bienes y consecuencias que son deseadas tanto por los individuos como por las colectividades. Consecuentemente, la maximización de la utilidad social se convierte en el objetivo del gran sistema de normas legales. Aunque he tenido, por momentos, diferentes opiniones sobre esta proposición, he hecho la paz conmigo mismo y creo que las teorías consecuentes con ella —esto es, aquellas que privilegian la felicidad humana— ofrecen la mejor justificación para demarcar el alcance del poder del Estado respecto del ámbito de la elección individual.<sup>12</sup> Frecuentemente, este enfoque se denomina el enfoque de la justicia basado en la «eficiencia», pero ese término debe usarse con cuidado porque tiende a sobredimensionar las partes puramente económicas del análisis: en el discurso ordinario, la eficiencia comprende la selección de medios y no fines, pero la tarea de un sistema legal es a menudo la selección de los fines en sí mismos.

## LA GRAN INTERACCIÓN ENTRE COSTOS ADMINISTRATIVOS E INCENTIVOS

Al definir estas reglas ideales, sin embargo, la simplicidad legal tiene una función, porque reduce los costos necesarios para alcanzar cualquier objetivo acordado. Pero, ¿cuánta simplicidad se requiere? Para responder a esta pregunta es esencial considerar el intercambio dado entre los incentivos sociales y los costos administrativos.

Para definir el escenario, los costos administrativos son todos aquellos costos necesarios para que el sistema legal opere. Estos incluyen, primero los costos en que incurren los privados para cumplir con las normas legales cuando averiguan qué prescribe la ley, cómo se aplica a ellos, qué deben hacer para cumplirla y cómo deben demostrar ese cumplimiento al regulador; segundo, los costos públicos de hacer cumplir las normas legales; tercero, los costos directos de inspección y supervisión, así como el gasto

<sup>11</sup> En referencia al concepto de estado de naturaleza, introducido por Thomas Hobbes, véase HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Traducción de Manuel Sánchez Suito. 2.ª ed. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 100 y ss.

<sup>12</sup> Véase EPSTEIN, Richard A. «The Utilitarian Foundations of Natural Law». *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 12, 1989, p. 713.



general del sistema legal; y, finalmente, los costos del *error* en la operación del sistema legal, que incluyo en los costos administrativos. Ahí donde las determinaciones son poco confiables e inciertas, las partes serán afectadas cuando sean falsamente acusadas y sancionadas por ofensas que no cometieron, o se les permitirá escapar de los cargos y el castigo cuando realmente hayan violado una norma legal. Mientras más complicada sea una norma legal, habrá más probabilidad de que los costos administrativos, incluyendo los costos del error, sean altos. Un sistema de disuasión, sin importar cuán valiosos sean sus objetivos, fácilmente se desvía por determinaciones incorrectas sobre los hechos en casos individuales. Por ello, si la inocencia y la culpabilidad se determinan arbitrariamente, no existe un incentivo para cumplir con una norma, porque incurrir en los costos de cumplir no asegura en forma alguna que se evite la responsabilidad legal. Y si no existe una relación inversa entre la culpabilidad y el descubrimiento de la culpabilidad, entonces le reportará beneficios al individuo racional *violar* la ley para minimizar su impacto.

En consecuencia, el error conduce a un segundo grupo de costos, que tratan con temas de incentivo individual y distribución de los recursos. Cualquier norma legal hace más que determinar derechos y responsabilidades de acuerdo con los hechos. También condiciona la conducta de los individuos sometidos a esa norma; por ello, los malos incentivos conducen a una distribución inferior de recursos, esto es, a menores niveles de resultados frente a cualquier grupo determinado de incentivos. Sin embargo, encontrar el óptimo nunca es una tarea sencilla. Generalmente, la primera ambición toma como base el juramento hipocrático: evita el daño, esto es, asegúrate de que la ley no provea incentivos a los individuos para realizar actos antisociales. En este sentido, una norma que permite a los individuos matar a otros impunemente sería simple en forma, pero perversa en sus consecuencias, ya que el efecto individual que produce está directamente relacionado con la creación del mal social. Una regla que castiga a las personas que matan a extraños coordina mejor la conducta individual y el bienestar social, aunque la definición del nivel óptimo de multas, así como el de penas, no sea sencilla. La disuasión excesiva puede interferir con acciones socialmente beneficiosas. Asimismo, la disuasión insuficiente puede permitirles multiplicarse más allá de toda razón. Minimizar la *divergencia* entre los costos privados y sociales es una de las principales tareas de todo buen sistema legal.

Sin embargo, encontrar el nivel óptimo de disuasión es, típicamente, un asunto de compromiso. El sistema legal impone enormes prohibiciones sobre la tortura y, frecuentemente, sobre la pena capital, tal vez solo por una preocupación genuina sobre los peligros del abuso de poder. Ese límite superior de las sanciones criminales hace imposible preservar la disuasión proporcional para todos los delitos. Mientras el nivel de criminalidad se duplica, el nivel de las sanciones no puede duplicarse paralelamente. El problema no se elimina si reducimos las sentencias a lo largo del país, de forma tal que solo los más abominables asesinos reciban la pena capital. Adoptar esta



estrategia reduce los intervalos entre las penas hasta que estos son más pequeños que las ganancias privadas obtenidas del crimen, de tal manera que el criminal está mejor si comete más actos graves: matar a una segunda persona puede tener mucho sentido si reduce la probabilidad de captura sin incrementar la severidad anticipada de la sanción. Escapar limpiamente de esta doble unión no es posible; el tema de la disuasión óptima es una muestra más de teoría «de segunda categoría»: encontrar la solución de compromiso que cause el menor grado de alteración social.<sup>13</sup>

Lo que es cierto para las sanciones criminales es cierto en todas las áreas. Las soluciones buenas son rara vez, si alguna vez, posibles; entonces el comienzo de la sabiduría es buscar normas que minimicen el nivel de imperfecciones, no buscar que estas no existan. Ningún contrato ni asociación puede considerarse a «prueba de balas»: no importa qué derechos, obligaciones, instituciones y remedios se elijan, en algunas circunstancias serán inútiles. Los malos resultados son consistentes con las buenas instituciones y no podemos desacreditar estas instituciones con algunas ilustraciones cuidadosamente seleccionadas de sus fallas. Pueden ofrecerse contraejemplos en detrimento de cualquier conjunto de instituciones humanas. La cuestión social, sin embargo, se ocupa de la *extensión* de la falla. El hecho de que la falla deba tomarse como una verdad necesaria no es una revelación impactante. La perfección es alcanzable en el mundo de las matemáticas, no en el mundo de las instituciones humanas.

Dentro de este esquema, la función social del Derecho es minimizar la suma de los costos administrativos (incluyendo el error) y los costos asociados con la creación de malos incentivos para el comportamiento de los individuos. La formulación del problema es razonablemente bien conocida, porque subyace a la famosa articulación de Guido Calabresi sobre los fines de la ley de accidentes: minimizar la suma de los costos de los accidentes, los costos de prevención y los costos administrativos del sistema.<sup>14</sup> La razón por la cual la simplicidad no es, en principio, el único objetivo de los sistemas legales es que ella busca solo minimizar un conjunto de costos —los costos administrativos— sin ocuparse del impacto que tendrá en otra variable esencial: los incentivos a la acción humana.

Para ver qué está en juego, empecemos con una *reductio ad absurdum*. Si la simplicidad es el único objetivo de un sistema legal, puedo pensar en solo dos reglas para

---

<sup>13</sup> Para el primer estudio sistemático de la disuasión óptima, véase BECKER, Gary S. «Crime and Punishment: An Economic Approach». *Journal of Political Economics*, vol. 76, 1968, p. 169. La presencia de un límite superior de penas es una razón para hacer fallidos los intentos de legislación criminal: si la severidad de la pena no puede ser más elevada para el delito consumado, entonces el alcance de la ley puede expandirse bajo el enfoque general de segunda categoría. Véase SHAVELL, Steven. «Deterrence and Punishment of Attempts». *Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1990, p. 435.

<sup>14</sup> CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, 1970. Calabresi hizo este juicio sujeto a una restricción de la justicia, sobre la cual debe verse la conclusión al final.

determinar el resultado de una demanda judicial que satisfarían el criterio de simplicidad esencial. La primera de estas reglas dice que el demandante siempre gana. No es una regla complicada y puede aplicarse en todos los casos. Si no le agrada esa regla, siempre está su reflejo en el espejo, que dice que el demandado siempre gana. La regla es igualmente simple y es igualmente capaz de aplicarse siempre. La primera de estas reglas generaría una explosión de litigios que dejaría, incluso a los abogados, un poco confundidos con sus consecuencias; asimismo, sus costos administrativos desconcertarían aun al más decidido defensor de la justicia mediante el litigio. Respecto de la segunda regla (el demandado siempre gana), esta indirectamente obligaría a la sociedad a regresar al estado de caos hobbesiano; después de todo, si el demandado siempre gana todos podrían hacer cualquier cosa, puesto que todas las restricciones legales se irían por la borda. Por tanto, cuando insisto en la adopción de reglas simples para un mundo complejo, no me refiero a las *reglas más simples* que la ingenuidad humana pueda elaborar. Las normas legales simples, entonces, deben establecer una presunción que puede dejarse de lado en razón de una buena causa, no un imperativo absoluto que conduce a extremos insostenibles. En consecuencia, resulta necesario identificar aquellos factores que nos conducen de regreso a cierto nivel de complejidad. Así, un manifiesto universal se reduce a un simple conocimiento empírico: ante la duda, escoge la más simple de las dos alternativas.

La organización social simple —esto es, la ausencia de leyes— tiene dos figuras esenciales. La primera es que no existen costos administrativos: los abogados no ganan nada, los policías no ganan nada, nadie gana nada por proveer algún tipo de servicio público; tampoco existen errores al hacer determinaciones legales. Hasta ahora, todo bien. Sin embargo, el segundo elemento es menos placentero, puesto que ya no existe restricción para las formas asociales de conducta privada. El intercambio central que debe ser examinado en todo momento es este: ¿la creación de alguna estructura administrativa —contratar una fuerza policial, promulgar leyes, elegir personas para funcionarios o minimizar los errores en el cumplimiento de la ley— crea también incentivos deseables para la conducta individual de forma tal que la ganancia de *este* particular se justifica, en términos de una mejora general, en la estructura de los incentivos?

Esta formulación conlleva una pregunta obvia: ¿qué se entiende por mejora social? Y a ella solo puedo dar una respuesta: la limitación que la norma legal establece en cada uno de nosotros es más pequeña que la libertad que genera, porque se establecen restricciones similares para los otros individuos. El bienestar social es solo el compuesto del bienestar de individuos separados bajo sistemas legales alternativos. Si un sistema cuesta a cada persona 10 dólares más para operar que su anterior alternativa, pero genera 11 dólares más en beneficios para cada persona sujeta a él, hay una mejora en la asignación de recursos que justifica los costos administrativos. Hay casos difíciles en los que la magnitud de los costos y los beneficios es difícil de medir, y su distribución puede desviarse en forma inconveniente. Pero estas dificultades están dirigidas no a la



pregunta fundamental de si alguna forma de control social es necesaria sino a la pregunta de segundo orden de cuán lejos debe llegar ese control. El deseo básico de mejoras sociales, aun bajo algunos costos administrativos, es el único argumento que nos permite escapar del brutal mundo hobbesiano. Cierta uso de la fuerza pública, fundado en la imposición tributaria, creará incentivos deseables que justifiquen sus costos administrativos (incluyendo los costos del cumplimiento erróneo de la ley).

La interacción básica entre costos administrativos y los mejores incentivos para la conducta privada está siempre con nosotros. Los términos de ese intercambio no son constantes a través de todas las circunstancias: cuánto más de regulación es deseable depende de cuánto ya existe y de qué esperamos alcanzar con las formas adicionales de control social. Aunque inicialmente la desigualdad esté destinada a la creación de un Estado, ciertamente no es siempre deseable la expansión inexorable del control público. El balance de la conveniencia social varía con el cambio en los proyectos públicos. Al haber puesto al Estado en su lugar, enfrentamos la pregunta acerca de cuál es el camino que debemos tomar luego. Resulta aquí que existen cuatro posibilidades básicas que conviene definir claramente:

- Un aumento en los costos administrativos conducirá a la creación de una estructura de incentivos superior.
- Un aumento en los costos administrativos conducirá a la creación de una estructura de incentivos inferior.
- Una disminución de los costos administrativos conducirá a la creación de una estructura de incentivos superior.
- Una disminución de los costos administrativos conducirá a la creación de una estructura de incentivos inferior.

Estas cuatro posibilidades representan dos casos fáciles y dos casos difíciles. Hay interacciones genuinas en el primero y en el cuarto caso. Con el primero, obtenemos mejores normas legales a un costo alto y, entonces, debemos decidir las magnitudes relativas de los costos y los beneficios que la legislación adicional trae. Con el cuarto, enfrentamos la misma interacción a la inversa, ya que tenemos que decidir si los ahorros en costos administrativos se disipan por la creación de una estructura inferior de incentivos. Nuevamente el tema de la magnitud relativa es ineludible. El segundo y tercer casos resultan más agradables, porque ofrecen resultados fáciles. El segundo caso debe evitarse universalmente, mientras que el tercero debe ser universalmente acogido. Si podemos tener mejores incentivos para el comportamiento ordinario a menor costo, ¿quién podría oponerse?

Estas cuatro alternativas muestran la torturada situación legal moderna: muy frecuentemente tratamos el segundo caso como si fuera el primero, y buscamos crear estructuras legales más complejas que, de hecho, conducen a resultados sociales comúnmente inferiores por estrangular los mercados competitivos de buen funcionamiento

para la provisión de bienes y servicios. El socialismo, en letras mayúsculas, es la más poderosa ilustración de la segunda posibilidad. Pero muchas formas de regulación de tierras, bienes y servicios en los Estados Unidos también están en esa categoría. El dinero público que se gasta adicionalmente en la administración puede perjudicar completamente el sistema de producción. Hoy en día suele usarse, con mayor frecuencia, el control administrativo y, sin embargo, recibimos menos a cambio. Ese desafortunado estado de las cosas significa que existe una enorme y bienvenida oportunidad política para cualquier partido político que entienda que, haciendo menos gobierno, logrará más. El deshacerse del rodillo administrativo debería despejar el camino a una mayor producción en general. En virtud de que hay ganancias reales en las dos dimensiones fundamentales, todos deberían estar mucho mejor: excepto, claro, el «lobbista», que promueve o pelea por una legislación que promueva sus intereses particulares.

Estando a lo expuesto, el problema básico puede ser enfocado de dos maneras. En un mundo ideal, la decisión de si algún programa gubernamental es deseable siempre daña la interacción entre incentivos y costos administrativos. En este contexto, la simplicidad no funciona como un remedio. El segundo enfoque sitúa el examen en la situación social actual, en la que la tendencia hacia un exceso de regulación vuelve imprudente aceptar la visión libre y agnóstica de la simplicidad legal que la teoría pura exige. Ahora la presunción debe definirse a favor de la simplificación de las normas legales. Mientras que el objetivo de una sociedad sin gobierno puede calificarse correctamente de utópico, el objetivo de una sociedad con menos gobierno debe ser supremo. Por ello, cabe afirmar que es hora de regresar al estado de naturaleza.





## CAPÍTULO 2

# Los enemigos de la simplicidad

SUPONGAMOS POR UN MOMENTO que mi crítica del Estado regulador moderno tiene sentido y que la reforma legal debería proceder en dirección de la simplicidad. Si es así, emerge otra paradoja: ¿Por qué tan poco éxito en hacer algo sobre la situación? ¿Por qué ese constante impulso hacia la complejidad legal cuando sus resultados son tan lentos, si no negativos? En parte, la explicación se encuentra en la inexorable presión que ejercen innumerables grupos con intereses especiales. Pero, adicionalmente, están trabajándose ideas que conducen a la gran masa de gente desinteresada a ser receptiva a los pedidos de regulación. En este contexto, creo que dos de ellos merecen especial atención. El primero es el inocente, pero frecuentemente fatal, objetivo de alcanzar la justicia perfecta en el caso individual. El segundo es la falsa creencia de que las formas de regulación complejas que funcionan dentro de pequeños grupos voluntarios pueden ser duplicadas en estructuras sociales grandes e impersonales. Ambos puntos requieren una explicación.

### JUSTICIA PERFECTA

El deseo de justicia en el caso individual es una de las fuerzas más grandes que define la operación de los sistemas legales. Gran parte del Derecho se hace o se aplica en el contexto de casos individuales, ante jueces y funcionarios de la administración. Dentro de ese esquema, la función establecida, y el deber bajo juramento de un juez o funcionario, es aplicar la ley general a los hechos de una disputa para alcanzar el resultado correcto.

Un error en el resultado es un fracaso de la justicia, que daña la autoridad moral del Derecho y reduce su efectividad en el control de la conducta humana. Es entonces comprensible que para evitar estas injusticias se dediquen considerables recursos para desarrollar procedimientos que permitan una presentación y evaluación ordenada de la evidencia relevante.

A menudo, la exigencia de justicia es descrita como sagrada, como un bien sin precio. Desafortunadamente, en un sentido central, la sed de justicia es similar a la demanda de cualquier otro bien deseable. La demanda de justicia está sujeta a la ley de rendimientos decrecientes. Las mejoras iniciales en el sistema legal llegan fácilmente: el Derecho puede comunicar a todas las personas los cargos levantados contra ellos; puede dar a ambas partes la oportunidad de presentar evidencia y de interrogar a los testigos ofrecidos por la otra parte. Implementar estas reglas comunes de la justicia natural conducirá a mejoras sustanciales en el sistema legal, en relación con uno que no contenga garantías procesales. Pero la justicia perfecta requiere más que mejoras cuantitativas en la operación del sistema. Aspira a desterrar el error en cada caso. Las reglas simples no alcanzan ese criterio específico. En el mejor de los casos, solo son pruebas, y las pruebas son un conocimiento empírico que funciona la mayor parte del tiempo, pero del que se espera que falle en algunas oportunidades. Así, adoptar una regla simple es hacer un abierto reconocimiento de que una regla no puede ser perfecta porque generará un resultado injusto en al menos un caso y muy probablemente en más. Aun cuando no podamos identificar qué caso es, sabemos que la regla pervierte decisivamente el objetivo de la perfección.

Las reglas complejas generalmente evitan admitir ese efecto grande y poco popular. Si la ley puede identificar suficientes factores, entonces puede indicar las maneras en que estos deben tomarse en cuenta, puede especificar la carga de la prueba apropiada, puede ofrecer una exhaustiva colección de evidencia y, tal vez, el sistema legal pueda alcanzar el gran nivel de perfección al que aspira. La expectativa con respecto de un sistema complejo es siempre más alta que con respecto de un sistema simple, que confiesa sus debilidades en los resultados y acepta no solamente la posibilidad sino la certeza de malos resultados y fuertes contraejemplos. Aun así, los beneficios de buscar la perfección son una ilusión, porque con la complejidad vienen las oportunidades para la competencia humana, que será parte de la vida social mientras los recursos sean escasos y los individuos se dejen llevar por su interés individual. La comparación relevante entre reglas simples y complejas debería conducirse no en el lenguaje de las aspiraciones sino en el lenguaje del resultado efectivamente alcanzable. Se trata de que las reglas simples desarrollan mejor más tareas modestas, porque su efectividad y seguridad previenen las grandes cantidades de intrigas que se introducen en el sistema legal por la persistente e ingenua búsqueda de la perfección. La única pregunta para el sistema legal es cómo cometerá sus errores, no si los cometerá. Las reglas simples son adoptadas por personas que reconocen directamente la posibilidad de error y buscan minimizarla en la práctica. Las reglas complejas son para aquellos que tienen una visión inalcanzable de la perfección.

Muchos ejemplos muestran la tensión entre las reglas simples y la búsqueda de perfección. Consideremos primero la regla tradicional que dice que ciertas formas de



contratos (como aquellos en que se vende propiedad inmueble)<sup>1</sup> son legalmente exigibles si están contenidos en un documento escrito firmado por la parte contra la que se exige el cumplimiento.<sup>2</sup> La escritura es solo una formalidad: el verdadero corazón es el acuerdo material entre las partes sobre los términos del contrato de compraventa. Insistir en el requerimiento de escritura necesariamente destruye algunas legítimas aspiraciones, porque algunas personas podrán retractarse de acuerdos verbales solemnes para vender su propiedad. Una regla que no estableciera el requerimiento de escritura nunca permitiría la injusticia en el caso particular, pero permitiría y validaría el testimonio de la parte agraviada sobre los términos y condiciones de la venta. En principio, podría lograr gran éxito en el 100 por ciento de los casos. Pero la triste verdad es que la gran maquinaria de evaluación cruzada de los hechos no puede ir a la par de una mentira preconcebida. Permitir los contratos verbales para la venta de propiedad inmueble arrastra preguntas intolerables acerca de si determinadas conversaciones constituyeron un contrato o si solo fueron negociación preliminar. Aun cuando sea un acuerdo completo, un contrato verbal deja abiertas serias dudas acerca de qué se acordó sobre los términos accesorios<sup>3</sup> (¿quién conserva los bienes adheridos al transferido? ¿qué parte debe gestionar el financiamiento?). El requerimiento de escritura, anunciado por adelantado y conocido por todos los profesionales que trabajan en el negocio, canaliza así, para usar la frase estándar, las negociaciones complejas hacia caminos seguros. La justicia perfecta no es alcanzable, pero la seguridad de las transacciones está avanzada, porque la gran mayoría de transacciones inmobiliarias cotidianas se produce mucho más rápida y serenamente con formas simples que con una pesquisa laboriosa sobre la manifestación de las intenciones comunes.

Las modestas intuiciones que dominan la práctica comercial común deberían extenderse hacia otras áreas del Derecho, en las que frecuentemente se requieren las mismas interacciones. Pero, muy a menudo, la solución simple se descarta a favor de soluciones complejas que, al causar desconfianza en las personas, ven devaluada su ostensible superioridad substantiva y conceptual. Para dar otro ejemplo, la tradicional Ley de Seguridad Social (que yo no defendería en ninguna de sus particularidades materiales) ha enfrentado por mucho tiempo la pregunta de cómo tomar en cuenta las posiciones asimétricas de hombres y mujeres. Por años, la ley no hizo distinción entre las contribuciones detraídas de empleados hombres y mujeres, pero sí hacía distinción al determinar quién tiene derecho a pagos a partir del fondo. Hasta hace poco, un

---

<sup>1</sup> La expresión «propiedad inmueble» traduce la frase «real estate». En la tradición del *common law*, la categoría de *real estate* comprende a la propiedad inmueble. (Nota de los traductores)

<sup>2</sup> La regla es, efectivamente, una parte del English Statute of Frauds de 1677, adoptado en formas distintas en todos los Estados Unidos.

<sup>3</sup> La expresión «términos accesorios» traduce la frase «subsidiary terms». (Nota de los traductores)

principio (cuya sabiduría es discutible) era que los beneficios a los deudos eran pagados a las viudas sin prueba de dependencia económica de sus esposos; pero lo contrario no ocurría: los viudos debían probar su dependencia económica a fin de ser elegibles para los mismos beneficios.

Entonces, ¿por qué la diferencia de enfoque? Este no es el lugar para discutir si la dependencia es una herramienta apropiada para estructurar los beneficios de la seguridad social. Lo cierto es que casi no existe conexión entre lo que cualquier empleado pone y toma de la seguridad social. Todo el sistema está lleno de anomalías que funcionan en detrimento de los intereses tanto de hombres como de mujeres (un sistema de pensiones razonable permitiría que el asegurado designara a un beneficiario y el tema se acabaría). Pero si la dependencia fuera relevante, entonces las diferencias en los parámetros de trabajo y familia deberían importar. Si, como el Juez William Rehnquist concluyó, menos del tres por ciento de los hombres son económicamente dependientes de sus esposas, la prueba en casos individuales parece ser apropiada para evitar un pago en exceso en el 97 por ciento de los casos. Si cerca del noventa por ciento de mujeres son dependientes de sus esposos (figura que continúa tendiendo a bajar), la prueba de la dependencia añade costos administrativos mientras que resuelve muy pocos. La regla dividida puede parecer poco elegante, pero sí tiende a minimizar la suma de los costos de administración y de error al operar un gran sistema social. Tal vez por esa razón una Corte Suprema fuertemente dividida trajo abajo el esquema sobre la base de que la discriminación entre hombre y mujer no se justifica por el ahorro administrativo y la mayor confiabilidad que este producía.<sup>4</sup> Hoy el Congreso se enfrenta a la elección de beneficios largamente liberalizados o a audiencias especiales en un gran número de casos de dependientes; pero, ¿con qué objetivo social?

La insistencia en los resultados inferiores no se limita a la Seguridad Social. Una y otra vez, las cortes y legislaturas han decidido que las clasificaciones en razón de sexo deben ignorarse al determinar asuntos como pensiones, seguros automovilísticos y la edad para beber licor, porque lo que cada uno concibe como apropiado no es perfecto. ¿Deseamos una situación en la que a las mujeres de dieciocho no les esté permitido beber cerveza porque los hombres de su misma edad tienden diez veces más que ellas a conducir bajo los efectos del alcohol?<sup>5</sup> ¿O una en la que la insistencia en que los hombres y mujeres paguen las mismas tarifas por riesgo automovilístico —como en Nueva Jersey o California— haga que las compañías aseguradoras se desvivan por

---

<sup>4</sup> Véase *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977), que deroga [por el término «striking down»] el requisito de dependencia para dependientes hombres de empleadas mujeres.

<sup>5</sup> Véase *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976), que deroga diferentes límites de edad para beber para hombres y mujeres.



captar clientes mujeres y eviten a los clientes hombres que, si se les permitiera, estarían dispuestos a pagar tasas más altas?

La retórica moderna condena todas estas clasificaciones como estereotipos y difícilmente se detiene a notar que, como generalizaciones estadísticas, las proposiciones básicas son verdades sujetas a duda. Se dice frecuentemente que el efecto simbólico de estas clasificaciones puede estigmatizar y desmoralizar, y efectivamente lo hace en algunos casos. Pero las pérdidas de la dignidad difícilmente se eliminan cuando se adoptan generalizaciones falsas para paliar el impacto de las verdaderas: hay también pérdidas sociales corrosivas, emparentadas con un cinismo público masivo, en el que todos saben que la norma legal se apoya en suposiciones fácticas manifiestamente dissociadas de la realidad. En efecto, una razón para preferir las decisiones privadas a las decisiones sociales es que ellas pueden ir más allá de una simple característica al tomar las decisiones. Ningún órgano público podría intentar individualizar la edad para beber más allá de la obvia clasificación por sexo. Pero las compañías de seguros privadas (excepto aquellas limitadas por la legislación) pueden tener en cuenta el territorio, las millas manejadas, el tipo de vehículo, el historial del conductor y muchas otras variables antes de definir la tasa. Ellas proveen así un conjunto de herramientas en el que, con el tiempo, los estereotipos básicos gradualmente perderán significado mientras otras variables sean introducidas en él. Nadie necesita proclamar las diferencias que efectivamente existen como evidencia de superioridad moral individual. Pero, por el mismo efecto, nadie puede ignorar las genuinas disfunciones en la distribución que ocurren cuando la información confiable aunque sea imperfecta se excluye, por decreto, del proceso de toma de decisiones de todas las instituciones, públicas y privadas.

La insistencia en reglas uniformes trae aun otra paradoja. Una regla que rechaza hacer distinciones basadas en el sexo, por ejemplo, es aparentemente más simple que una que las hace dentro de un mismo nivel inicial. Pero frente a esta objeción, hay dos réplicas. Primero, la negativa a hacer una distinción fuerte sí simplifica los asuntos. Por el contrario, la prohibición legal hace que las empresas aseguradoras busquen «filtros neutrales» que son más numerosos, menos confiables y más costosos que la simple prueba que desplazan. Entonces las preguntas clave son las millas conducidas por año, la antigüedad del auto o el número de accidentes. Estos elementos son siempre relevantes al calcular tasas, pero demasiado de algo bueno se torna en algo malo. Los buenos y malos conductores tienen accidentes. Otras variables, como el sexo, no se vuelven irrelevantes simplemente porque la historia de accidentes cambie. Enfatizar los accidentes e ignorar el sexo (o la edad) es permitir grandes fluctuaciones en las primas que no están justificadas por toda la información disponible. Y es invitar a maniobras más complejas de las compañías que están prohibidas de tomar en cuenta información que, todo el mundo sabe, tiene algún valor de



predicción. Frecuentemente, estas estrategias bordean los extremos de la ley o cruzan la barrera y se adentran en el territorio ilegal. Pero, aun cuando esta ilegalidad es detectada, las presiones reguladoras mal conducidas que inducen al comportamiento ilegal se olvidan rápidamente, mientras aumenta el reclamo y llanto por regulaciones más estrictas y mayores sanciones. Al final, entonces, el rechazo de una simple prueba crea poderosos, aunque indirectos, incentivos institucionales para la adopción de reglas aún más complejas.

Segundo, recordemos que la defensa de las reglas simples no propugna la ausencia de distinciones o la ausencia de reglas. Ignorar el significado del sexo en asuntos de pensiones y regulación es privarnos de información que tiene un gran valor de predicción para el comportamiento de grandes conjuntos de individuos, aun cuando esto no nos diga mucho sobre algún caso individual. Frecuentemente, una distinción crítica ayuda a organizar grandes áreas de la vida social, especialmente allí donde no hay un filtro cercano. Esta no es una situación en la que haya un vaso medio lleno o medio vacío. Debemos apoyar las pruebas que nos den 95 por ciento de certeza en el fin elegido y no deplorar el 5 por ciento de casos que se encuentran entre nosotros y una inalcanzable perfección.

## NORMAS INFORMALES Y GRANDES GRUPOS

Un segundo camino que conduce a la adopción de reglas complejas comprende una apresurada generalización a partir de una exitosa experiencia individual. La mayoría de los individuos viven gran parte de sus vidas con sus familias y en pequeños grupos cuyas operaciones están gobernadas por un conjunto elaborado de normas informales que son difíciles de articular y redactar. Estas tienen frecuentemente poca generalidad sobresaliente y están sujetas a contextos, circunstancias y situaciones particulares. El conjunto de obligaciones de una familia puede ser largamente diferente al conjunto adoptado por otra. Puede haber una división de responsabilidades para lavar los platos y otra para pagar las facturas. Algunos grupos pequeños pueden ser rígidamente jerárquicos mientras que otros pueden usar una distribución más igualitaria del poder y la responsabilidad. La distribución de tareas de estas múltiples estructuras puede bien parecer incomprensible o irracional a las personas fuera del grupo, más allá de la fuerza gravitacional que tienen las presiones que gobiernan su vida colectiva. Pero, sobre un gran porcentaje de los casos, la amalgama de prácticas observada conduce a relaciones prósperas y estables.

¿Por qué estos grupos con frecuencia son capaces de responder a un conjunto complicado de normas informales? Primero, para usar la terminología técnica del moderno economista del bienestar, hay un alto grado de interdependencia en las funciones de utilidad individual: cada miembro del grupo debe tomar como suyo el

interés de otro miembro del grupo al tomar decisiones. Esto es, dentro de una familia o grupo pequeño, no se está negociando libremente<sup>6</sup> con un extraño sino interactuando con personas «preseleccionadas», a quienes uno está sujeto, como los antiguos abogados solían decir, por amor y afecto natural. Si estas relaciones funcionan bien para el resto de personas del grupo, uno considerará que su vida es mejor simplemente por esa razón; si funcionan mal, considerará que su vida es peor. En otras palabras, hay un tipo de intercambio benevolente en el que, ayudando a alguien, mejoraremos también nuestra propia posición. En la práctica, esta interdependencia reduce la cantidad de tiempo que los miembros de una familia o grupo tienen que gastar vigilándose unos a otros, porque tienen menos (pero tienen) preocupaciones sobre comportamientos ocultos y conductas desleales. Una relación de confianza reduce la necesidad de sanciones legales y protecciones. Los conflictos de intereses que son parte de la vida diaria tienden a ser más manejables dentro de un grupo cercano que en una asociación difusa de extraños, en la que se actúa no por afecto sino libremente.

Un segundo asunto importante en los grupos pequeños es que cada miembro sabe mucho acerca de la gente de la que se preocupa. Las personas que están pensando en un curso de acción usualmente no tienen que resolver un gran acertijo sobre lo que las otras personas desean o piensan. Las han visto en situaciones similares antes; todos saben a quién le gusta el café negro y a quién el café con crema. Ese conocimiento hace posible anticipar lo que los otros desearán y cómo responderán. Entonces, es más fácil comprometerse en actividades coordinadas sin hacer previamente un acuerdo formal que podría ser apropiado en otras circunstancias. Alguien de fuera podría encontrar difícil entender el elaborado conjunto de convenciones que cualquier grupo adopta, pero eso es de escasa importancia para medir su éxito interno. En tanto los participantes sepan lo que las normas informales requieren, la vida del grupo puede continuar en camino, sin ninguna intervención legal. Las normas internas del grupo son complejas; la norma legal es típicamente una de no intervención en los asuntos internos de los grupos, la regla más simple de todas.

Tercero, dentro de los grupos pequeños hay menos problemas que en los grupos grandes con los pagos asimétricos para diferentes individuos en el curso de una sola transacción. Todas las partes están en la relación por largo tiempo. Si es que hay un acuerdo particular en el que uno de los miembros del grupo obtiene una mejor condición que el otro, no hay necesidad de preocuparse de cuadrar las cuentas posteriormente. Debido a las interacciones recíprocas, es probable que la persona que gane un día pierda al día siguiente y viceversa. Como resultado, hay menos razones para que alguno se detenga a pensar en la distribución de un negocio común o en si pierde o gana. Es suficiente embarcarse en los negocios ordinarios de la vida, y los resultados se

---

<sup>6</sup> El término «libremente» traduce la expresión «at arm's length». (Nota de los traductores)



emparejarán en el largo plazo. Las reglas sociales para la distribución de las ganancias y pérdidas pueden ser complejas, pero son adoptadas mediante intentos y errores, y modificadas por medio de ajustes informales. En cierto sentido, las reglas tienen autoridad incierta; solo se muestran sin promulgación por parte de una autoridad central. Su valor no se mide por un estándar externo. Por el contrario, una quieta estructura de incentivos funciona para asegurar su éxito institucional.

Subsiste la pregunta de si los grupos pequeños pueden ser tiranizados por sus propios miembros. Ese es ciertamente el caso de los grupos que permiten ejercitar poder coercitivo sobre sus miembros. Pero es crucial para el éxito de este sistema informal el hecho de que no se cuente con poder soberano sobre sus miembros. Aquellos que no gusten del grupo pueden dejarlo o renunciar a menos que obtengan concesiones que hagan su estancia más agradable. Esta opción de salida nunca es barata, pero se hace más barata cuando los miembros del grupo piensan que han tenido un mal acuerdo. Y es mucho más sencillo retirarse de un grupo pequeño que emigrar desde el terreno de una entidad política opresiva, donde el precio de salida (si está permitida) es el abandono de la propiedad, los amigos y los lazos asociados con el lugar que alguna vez llamamos hogar.

Dentro de estas estructuras limitadas y específicas, muchas fuerzas unen a la gente sin ninguna intervención legal expresa del Estado. La cooperación entre los miembros del grupo no evitará necesariamente todas las disputas y controversias. Si surge alguna elección radical (¿escogemos a A o a B como nuestro líder?), los mecanismos informales de mantenimiento de la paz podrían bien fallar. Esa única decisión podría impactar tan fuertemente que aquella reciprocidad a largo plazo se volvería incapaz de balancear las cuentas entre las personas en un momento posterior. Es ahora o nunca, y el grupo que no puede resolver sus diferencias probablemente se dividirá, frecuentemente con amargura: los matrimonios podrían divorciarse, los hijos podrían dejar la casa, un club podría desintegrarse. Pero en la mayoría de situaciones cotidianas que constituyen la vida social, estos grupos pueden confiar y, efectivamente, confían en mecanismos informales de control social para mantenerse unidos. Hay poco, si algo, que el sistema legal pueda hacer para mejorar los delicados sistemas de sanciones y retribuciones que los grupos pequeños son capaces de establecer para ellos mismos.

El movimiento desde pequeños grupos hacia grandes asociaciones políticas es una modificación desde conexiones cercanas hasta relaciones impersonales. Un cambio tan profundo conduce a cambios mayores en la dinámica básica de la situación. Los elementos de confianza y trato recíproco, la red de derechos y sanciones informales, pierden efectividad una vez hecho el cambio. Deben encontrarse o inventarse otros mecanismos de decisión. Ya que la compleja red de restricciones informales inevitablemente decae, ¿qué debería tomar su lugar?

El Derecho puede escoger estrategias distintas para responder a los problemas sociales en un mundo de incontables extraños. Una es desarrollar una compleja red



de obligaciones materiales detalladas, que reflejen el elaborado conjunto de normas informales que se usa para mantener unidos a los grupos pequeños. En esencia, el Derecho podría crear una economía basada en órdenes. Podría tratar de encontrar un análogo social a quién lava los platos y quién paga las facturas, y denominar esto una forma de política industrial. Este enfoque trata a una sociedad como si fuera una «familia» en grande. Debido a que la familia pública es mucho más grande y compleja que la privada, la implicancia justa es que las reglas complejas se hacen estrictamente necesarias para una sociedad compleja tal como la sabiduría común sostiene. Alguien debe encontrar una manera de colocar a gran cantidad de personas bajo un mismo techo. Y las normas legales son los medios mediante los cuales esa unión puede ser alcanzada.

Sin embargo, la analogía es insostenible, dado el radical cambio en las condiciones subyacentes. Primero, los costos de supervisar el comportamiento de otros se hacen más altos, pues mientras el tamaño del grupo aumenta la capacidad de observación directa se reduce. Por el mismo efecto, la necesidad de supervisar aumenta también, porque las bondades de la reciprocidad y la interdependencia son mucho más débiles cuando las relaciones impersonales reemplazan a las relaciones íntimas. Pero los grandes costos administrativos de cualquier sistema específico de supervisión pública diluyen cualquier ganancia que el sistema de regulación ofrezca en principio. El cambio de grupos pequeños a grupos grandes requiere un cambio desde las sanciones informales a sanciones legales. Las sanciones legales no pueden cumplir sus objetivos con el mismo nivel de especificidad y confiabilidad alcanzado por las sanciones informales en grupos pequeños. El cambio de pequeños a grandes grupos no puede alcanzarse mediante la codificación en leyes de los estándares informales de buena conducta. Mientras que las herramientas para exigir el cumplimiento se hacen más costosas y complicadas, un nivel más bajo —y más realista— de aspiraciones se vuelve necesario.

Dicho esto, existe un segundo enfoque que ofrece mucho mejores resultados. Este consiste en asumir que la función del Derecho es definir las esferas de hegemonía para cada persona. La insistencia en la autonomía de la persona y en la preeminencia de la propiedad privada sobre la pública es un esfuerzo dirigido no a promover la avaricia y el comportamiento egoísta sino a crear muchos dominios pequeños separados en los que las normas informales puedan operar con mucha más precisión y menores costos. Una norma legal que llama a la no intervención en la vida ordinaria de la familia es una norma en este sentido. Esta reconoce que grandes áreas del comportamiento humano, desde la crianza de los hijos hasta la conducta sexual o los asuntos económicos, son mejor reguladas no por una respuesta colectiva central sino por grupos pequeños y autónomos que persiguen sus fines a través de medios que diseñan para sí mismos, sin aprobación electoral o popular. Y pueden desarrollarse reglas similares para grupos pequeños. Para el mundo exterior, la señal dice «prohibido ingresar». Dentro de la

membresía, cualquier número de divisiones diferentes de poder y responsabilidad pueden ser elegidas por acuerdo mutuo.

Las consecuencias sistémicas de este segundo enfoque son deseables. Mientras la frecuencia de estas pequeñas islas aumenta, se hace más fácil organizar muchas transacciones entre extraños, dado el gran número de opciones. El impacto de la exclusión en cualquier caso individual es contrarrestado por el aumento en el número de opciones disponibles en el ámbito colectivo. En contraste, cuando a esos diversos intereses se les exige que permitan que una decisión colectiva por mayoría regule su destino común, la intriga política y la lucha entre facciones pueden imponer grandes consecuencias en el sistema político. Al tratar de alcanzar tantos fines para tanta y tan distinta gente, el sistema político solo termina desilusionando a todos. En este sentido, es lamentable que tantos reclamos sobre el multiculturalismo exijan, instintivamente, más participación del gobierno en el establecimiento de las reglas y los símbolos de la vida social. Las diferencias en las visiones y elaboraciones culturales no serán resueltas armoniosamente mediante el debate político, aun cuando ellas pueden determinarse por decreto mediante una regla obtenida por mayoría. Pero nadie debe creer que los resultados de largos conflictos políticos se aproximan a aquellos que vienen lejos, producidos por satisfacer un ideal de consenso unánime. Un sistema de gobierno limitado —uno que desarrolla pocas funciones bien— está más propenso a alcanzar la armonía social que un sistema que desata los belicosos impulsos de las fuerzas políticas encontradas.

El respeto por la autonomía conduce a una bienvenida fragmentación del poder político que, en cambio, protege largamente las opciones de una minoría frente al control de la mayoría. La diversidad de reglas y prácticas informales puede mantenerse libre del efecto nivelador de cualquier sistema legal estandarizado. Pero la estrategia inicial para dividir grandes problemas en problemas más pequeños no responde una pregunta: ¿cómo interactúan los miembros de familias diferentes con extraños? Aquí la situación cambia porque los postulados de la confianza y los beneficios recíprocos no se sostienen más. Para ilustrarlo, una de las reglas de precaución básicas sobre el comercio internacional es la siguiente: desconfíe de cualquier transacción en la que su contraparte tenga la mercancía y el dinero al mismo tiempo. Con transacciones individuales, si las partes no pueden cuadrar las cuentas en el momento, probablemente no puedan hacerlo en ningún momento. Dado que las sanciones informales son demasiado débiles, deben desarrollarse otras seguridades. Muchas instituciones sociales —agentes de retención, *brokers* e intermediarios de todo tipo— han crecido para manejar esta dificultad: ¿cuál es la secuencia de ejecución, tal como surge en las transacciones comerciales ordinarias? Pero, mientras los mecanismos de autoayuda son necesarios al tratar estos intercambios, los asuntos siempre se simplifican si el objetivo del sistema de ejecución legal apoya el conjunto de transacciones comerciales que las partes son capaces de desarrollar.



Existe una segunda razón por la que las transacciones con extraños frecuentemente toman una forma distinta a la de aquellas producidas dentro de un grupo informal. Dentro de un grupo informal, usualmente, es inapropiado recurrir a un sistema de precios explícito para distribuir bienes y servicios. María no tiene que hacer una oferta ganadora para tener una porción adicional de helado y Carlos no tiene que pagar por el tiempo extra que tome en la ducha. Debido a que los gustos y disgustos de las personas son bien conocidos, es posible distribuir los variados beneficios de la vida familiar mediante mecanismos que exigen a cada persona revelar algo de sus propios deseos y preferencias, y mostrar por qué deberían tener un peso especial a la luz de las conocidas diferencias en gusto y temperamento. La mayoría de personas son muy reacias a revelar al carnicero o al panadero ese tipo de sensible información. En cambio, uno de los objetivos principales en las transacciones con extraños es encontrar reglas para el intercambio que no requieran disquisiciones públicas sobre debilidades privadas. Cuando uno quiere comprar un poco de pan, no quiere develar sus debilidades psiquiátricas al vendedor de la panadería. Una relación impersonal, un contrato de compraventa que alude a compradores y vendedores, en general, es un adelanto bienvenido porque permite a uno entregar el dinero y al panadero entregar el pan en una forma cordial y apropiada. No en vano muchas de las normas legales simplemente postulan a dos personas, A y B, que son ambos anónimos e impersonales. En esos acuerdos, a diferencia de los intercambios familiares, la generalidad es más importante porque sirve para facilitar las transacciones impersonales deseadas por todos. Es posible formular un conjunto de reglas por las que las personas con orígenes divergentes pueden unirse por un propósito determinado y, luego, tomar distintos caminos.

Las dos estrategias básicas para la organización social apuntan a procesos de decisión muy diferentes. El esfuerzo de elaborar reglas para colectivos grandes e impersonales tropieza con el mayor obstáculo: cada uno de los muchos grupos diferentes se inclinará por una ventaja o privilegio especial a la que se opondrán otros grupos. Una regla por mayoría permite a una facción imponer su voluntad sobre otra, mientras que el requerimiento de unanimidad permite a un grupo obstinarse en contra de la voluntad común. La estrategia alternativa no busca ganar la voluntad de la mayoría ni un consenso unánime, ni ninguna mezcla de ellos. Por el contrario, busca evitar los dos extremos del dilema, y crear zonas de influencia separadas, en las que los grupos más pequeños puedan alcanzar a través de medios informales mayor cohesión y consenso, dejar a los antiguos grupos y formar nuevos cuando las antiguas alianzas fracasasen o se vuelvan obsoletas. En tanto una sociedad se torna más grande y diversa, la diferencia entre estos dos enfoques se hace más manifiesta. El nivel de problemas sociales solo puede aumentar si la ley responde a la diversidad social otorgando más poder central. Un enfoque mucho mejor es el de alentar el desarrollo de una red de transacciones voluntarias en las que los individuos negocien en su propia representación con las contrapartes comerciales de su elección. Para que el sistema legal tenga éxito en su



tarea, necesita adoptar normas legales que estén en armonía con sus propias limitaciones intrínsecas. La pregunta es qué normas legales permitirán a las diferencias entre ley pública y asociación privada florecer de manera responsable. En la siguiente sección de este libro, buscaré desarrollar las reglas simples que, debidamente entendidas, y usadas en conjunto, recorren ese camino.

SEGUNDA PARTE  
LAS REGLAS SIMPLES





### CAPÍTULO 3

## Autonomía y propiedad

MI ATAQUE CONTRA la actual acumulación de reglas complejas ha procedido hasta ahora sin ofrecer como alternativa una respuesta justificada en principios. Dejaré de lado la crítica del aquí y ahora, y desarrollaré un esquema alternativo capaz de cubrir el mismo campo con mucha más efectividad y simplicidad que la actual plétora de reglas y regulaciones. Al hacer esta propuesta, soy consciente de que ningún conjunto de reglas será perfecto en su aplicación; en efecto, saber cuándo retirarse es una de las fuerzas conductoras detrás de un sistema de reglas simples. Sin embargo, aunque existen algunas excepciones sorprendentes, estas reglas sí tienen la virtud de ofrecer soluciones para entre el 90 y el 95 por ciento de todas las situaciones posibles. No espere-mos más del sistema legal. El esfuerzo por limpiar el restante cinco por ciento de casos conduce a una complicación del sistema legal en tanto este gobierna el primer 95 por ciento. Ningún caso hipotético individual, cuidadosamente construido, ofrece suficiente razón práctica para descartar una regla que ha pasado el examen del tiempo.

Así, con el debido reconocimiento de los poderosos contraejemplos para cada proposición general, las reglas simples son las siguientes: propiedad sobre uno mismo<sup>1</sup> o autonomía; primera posesión;<sup>2</sup> intercambio voluntario; protección contra la agresión; privilegio limitado en casos de necesidad; y tomas de propiedad para uso público con el pago de una compensación justa. En este capítulo, trataré las dos primeras reglas, consagradas a la autonomía y a la adquisición de propiedad. El nexo entre ellas consiste en que ambas definen la posición originaria en relación con la que todos los intercambios voluntarios u obligatorios deben ser medidos. El conjunto correcto de reglas que regulan el control sobre la propia persona y sobre la asignación de propiedad juegan un papel indispensable en cualquier sistema social que busque maximizar el bienestar de sus ciudadanos. Aun así, la justificación de estas reglas ha

---

<sup>1</sup> La expresión «propiedad sobre uno mismo» traduce la frase «individual self-ownership». (Nota del los traductores)

<sup>2</sup> La expresión «primera posesión» traduce la frase «first posesión». (Nota de los traductores)

sido materia de ataques constantes. Aquí busco explicar su papel fundamental en cualquier buen sistema legal.

## PROPIEDAD SOBRE UNO MISMO

La primera de estas reglas es la de la propiedad sobre uno mismo. Si vamos alrededor del mundo tratando de imaginar a quién pertenecemos, no encontraremos nada escrito que diga que la propiedad sobre uno mismo es una verdad necesaria. Para ponerlo de otra manera, negar la proposición de la propiedad sobre uno mismo no es embarcarse en ninguna contradicción lógica manifiesta. La esclavitud puede ser un sistema vil, pero no es internamente inconsistente. Más allá de eso, ese sistema es infinitamente inferior a la posición de propiedad sobre uno mismo, y la comparación entre los dos ha conducido a muchos autores de la tradición de derechos naturales a postular la necesidad moral de la propiedad sobre uno mismo. John Locke, por ejemplo, opinaba que se podía decir que cada persona es dueña de su trabajo. «Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene propiedad sobre su propia persona; y, sobre esa propiedad, nadie tiene derecho, excepto él mismo. Puede decirse que la labor de su cuerpo y el trabajo de sus manos son inherentemente suyos».<sup>3</sup> Él trató su posición como un postulado moral y no como una conclusión deducible de otra premisa mediante algún argumento independiente.

El caso concluyente para esta premisa decisiva ha conducido a otros autores, más notablemente a aquellos que conciben un papel más grande para el control estatal sobre los recursos humanos y naturales, a desafiar esta visión tomando incluso un tercer camino. El argumento central del magistral *Theory of Justice* de John Rawls, publicado en 1971, es después de todo la proposición de que la propiedad individual sobre los talentos y habilidades naturales debe ser entendida como «moralmente arbitraria»; esto es, aunque puedan ser tomados en cuenta en algún esquema extendido de deliberación política, difícilmente deben tener la condición de cimientos o bases. De acuerdo con Rawls, los principios de la justicia requieren, primero, un esfuerzo «para mitigar la influencia de las contingencias sociales y la fortuna natural en los recursos distribuidos»; y segundo, «un compromiso de entender la distribución de habilidades naturales como un bien colectivo, de forma que los más afortunados puedan beneficiarse solo en formas que ayuden a aquellos que han perdido».<sup>4</sup> Rawls toca un asunto

<sup>3</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. Madrid: Alianza, 2002, capítulo 5, ¶27, p. 56.

<sup>4</sup> RAWLS, John. *A Theory of Justice*, 1971, pp. 73 y 179. Su primer principio de justicia exige el respeto universal de la igual libertad de todas las personas; el segundo, que todas las desviaciones de ese principio beneficien a los menos favorecidos en la sociedad.

moderno al expresar que el valor adjunto a los atributos individuales no es solo una función de habilidades intelectuales o virtudes morales; es fácil imaginar la poca fama que hubiera tenido Mozart si hubiese nacido en otras circunstancias. Lo que es cierto sobre los grandes y famosos podría ser cierto para el resto de nosotros. Sin embargo, más allá de que el trabajo y el carácter cuenten mucho en este mundo, la suerte también juega un papel importante: yo nací en Brooklyn el 17 de abril de 1943, y la creación del Ghetto de Varsovia<sup>5</sup> terminó dos días después.

Surge entonces la pregunta de si existe una manera de enfocar la propiedad inicial sobre los talentos y destrezas humanos de forma tal que se eviten los conflictos morales absolutos que han dominado el discurso filosófico en esta área. Creo que sí existe, y funciona como una especie de ingeniería en reversa, que pregunta: ¿qué tipo de consecuencias sociales generales puede esperarse de los sistemas alternativos de propiedad y control sobre las personas que se puedan crear? Al trabajar este análisis, es importante tener en cuenta que la relación entre costos administrativos y efectos de incentivos señalada anteriormente se aplica aquí también. Empecemos con la esclavitud institucional. Esta no es mucho mejor que un sistema de propiedad sobre uno mismo aun bajo el criterio de costos administrativos. Un sistema de esclavitud exige que alguien establezca quién tiene derechos sobre qué personas. Y dado que esto no se ha hecho por contrato, aun cuando fuese lícito, entonces debe hacerse por conquista y captura, sistema mucho más sangriento, incierto y, sí, más complicado que aquel que empieza con la propiedad sobre uno mismo y no exige *ningún* acto de adquisición de las personas para obtener determinada propiedad y control sobre su propia labor.

Parece claro, sin embargo, que la defendida objeción moral contra la esclavitud no se apoya en las complicaciones administrativas de definir el sistema y mantenerlo operando, cualquiera que estas sean. Por el contrario, esta se apoya en las indignidades que impone sobre aquellos que son sus víctimas. Dicho en términos sencillos, la incapacidad de los esclavos para decir no (salvo para evitar el dolor de la tortura) a quien quiera que los comande crea un terrible incentivo para la explotación por parte del dueño. Así, si el dueño tiene un interés preferente sobre los esclavos, su conducta estará de alguna forma limitada en el uso excesivo de, o el daño, a los esclavos, debido a que ello podría conducir a una disminución general de su valor a largo plazo (los españoles propietarios de esclavos en Sudamérica fueron más brutales que los nuestros porque los esclavos revertían a la Corona española luego de un número determinado

---

<sup>5</sup> El Ghetto de Varsovia, iniciado el 16 de noviembre de 1940, luego de la invasión alemana a Polonia, fue producto de la imposición de los invasores que agruparon a los habitantes judíos en un barrio determinado de la ciudad, que se conoció como «ghetto». El ghetto duró hasta el 19 de abril de 1943, en que se produjo la Rebelión del Ghetto de Varsovia, que implicó la insurrección de los detenidos dentro del lugar. El autor, que profesa la religión judía, hubiera tenido ciertamente menos suerte de haber nacido en Varsovia que en Brooklyn, Nueva York. (Nota de los traductores)



de años, por lo que interesaba al dueño agotar su valor antes de entregarlos). Sin embargo, la extensión de la limitación del dueño es mucho menor que aquella que existe en una relación laboral que requiere consenso bilateral para iniciarse y que normalmente mantiene el derecho del trabajador a renunciar cuando lo desee: una muy diferente y más creíble amenaza. Bajo la esclavitud, las ganancias del dueño bajarán sistemáticamente por debajo de las pérdidas para el esclavo. Aun si pudiera demostrarse alguna rara excepción a la regla, una prohibición *per se* de la esclavitud (solventada en una masiva convicción moral) es ciertamente la respuesta social correcta, aun si consideramos el bienestar del amo y del esclavo. La preocupación por la simplicidad, pues, no se da para seguir la indignación social sobre la esclavitud, pero es ciertamente congruente con el resultado general.

Entonces, ¿qué otras alternativas son posibles? Podemos pasar rápidamente por un sistema en el que nadie puede adquirir derechos para sí mismo, pero no es mucho mejor que el sistema de esclavitud y podría ser mucho peor. En él, no hay actos ilegales porque no hay una concepción clara de la ley, de forma tal que incluso el problema del orden no puede ser resuelto. El verdadero tema hoy está en el polo opuesto. La incomodidad de Rawls respecto de la habilidad natural y la buena fortuna ha conducido a una extendida creencia de que todos los talentos y destrezas deben entenderse como una forma de bien colectivo, al que presuntamente los demás individuos están relacionados de alguna forma. Pero, nuevamente, la preocupación dual respecto de los costos administrativos y los efectos de incentivos pesa fuertemente contra la solución colectiva.

Para empezar con los objetivos transaccionales, cualquier sistema que comience con la propiedad colectiva y el control sobre los talentos individuales construye una forma de parálisis institucional en el tejido mismo de las vidas sociales. En tanto A no sea dueño de la labor de A, el argumento de Locke funciona en reversa: A no tiene derecho a vender la labor de A y entonces tiene menos incentivos para mejorarla. De igual forma, las cosas hechas con sus manos no son más de su propiedad, sino que pertenecen (si es que acaso llegara a hacerlas) a un grupo que es dueño de la labor aludida. Encontrar a los individuos o grupos que son copropietarios de la labor de A no es tarea fácil, porque ninguna teoría normativa general podría confiar en la casualidad de la pertenencia a un grupo étnico o identidad nacional para establecer el conjunto de personas con derecho a participar de la labor de A y respecto de la labor de quién A tiene un derecho similar. La teoría de Locke genera instantáneamente un mercado descentralizado cuyos beneficios se pierden cuando cada uno de nosotros puede vender su trabajo solo con la aprobación de alguna clase indeterminada o de otros individuos. En la confusión resultante, todos moriríamos de hambre, como Locke mismo reconoció, antes de que alguien pudiera renegociar los derechos originales que las personas tengan sobre las demás. Creamos entonces una posición inicial en la que los caprichos y bloqueos individuales podrían evitar todas las formas de actividad productiva.

Hay otra manera de expresar esta objeción al principio de Rawls. ¿Qué puede hacerse (si es que puede hacerse algo) para liberar a los individuos de cualquiera de las ventajas que reciben de los talentos naturales, las contingencias sociales y la buena suerte? Para avanzar en esa dirección, sería necesario saber cómo luciría este mundo si todos estos elementos desaparecieran de la vida humana. Por supuesto, es fácil proponer castas y privilegios en los términos de Rawls, pero estos se producirán en los términos de Locke, dado que son una afrenta al Estado libre, independiente e igual, que todos los individuos deben tener ante la ley. Lo que es casi imposible hacer es desarrollar un sistema de rectificación para la interminable serie de errores sociales atribuibles a los talentos inferiores, a las circunstancias sociales desafortunadas y a la mala suerte. Aunque es posible identificar a un agresor individual, ninguna persona en especial es responsable porque alguien carezca de talentos naturales o tenga mala suerte o circunstancias desfavorables. En este sentido, el esfuerzo por desplegar un sistema que comienza con la autonomía individual requiere complejos sistemas de control centralizado que deben lidiar con el ataque de demandas por dispensas especiales. Pero si todos son víctimas, ¿quién debe pagar impuestos para responder a los enormes requerimientos que surgen una vez que se trae a discusión la posición de autonomía?

Contra esta construcción, la regla de la propiedad sobre uno mismo muestra su ventaja comparativa. Aunque el talento, las circunstancias y la suerte jueguen un papel en el comportamiento humano, todos asumimos una gran carga administrativa si renunciamos mutuamente a cualquier exigencia de los bienes de otros. Una regla de propiedad sobre uno mismo, más que cualquier otra alternativa, nos permite movernos en el negocio de la vida. Una regla de propiedad sobre uno mismo selecciona *una sola* persona para ser la dueña de su talento natural y escoge a esa persona que, en la mayoría de casos tiende a valorar esos bienes más: cada uno adquiere control sobre su propio cuerpo. Al menos para los adultos (y existen, claro, ciertas condiciones en el caso de los niños) la regla ofrece el camino más corto desde la titulación inicial hacia la actividad humana.

Ciertamente, este arreglo institucional tiene sus desventajas, dado que cada uno debe renunciar a sus reclamos sobre la labor de los otros. Pero, en conjunto, las pérdidas son pequeñas. Para ver por qué esta conclusión se sostiene, es útil recurrir al método que Rawls mismo desarrolló para explicar por qué los talentos naturales son un bien colectivo. Pongamos a las personas detrás de un velo de ignorancia y pidámosle elegir entre diferentes regímenes legales con un conocimiento de las características generales del comportamiento humano, pero no del específico lugar que tendrán en ese mundo. El punto del ejercicio es remover el favoritismo de la ecuación e inducir a la gente a hacer juicios que alineen perfectamente sus intereses individuales con aquellos de los grupos más grandes. Con la esclavitud, los resultados son fáciles de predecir. Pidamos a cualquiera escoger entre dos mundos: en el primero cada persona tiene



cincuenta por ciento de probabilidades de ser dueño, pero también cincuenta por ciento de probabilidades de ser esclavo. En el segundo, cada persona tiene un cien por ciento de probabilidades de ser propietario de uno mismo. ¿Quién preferiría el primero al segundo, aun si ambos fueran igual de costosos para operar? (Aunque, como sabemos, no son igual de costosos).

Ahora hagamos el mismo experimento con el complejo sistema de Rawls, en el que todos tienen un derecho parcial sobre los talentos de cada persona. La propiedad sobre uno mismo excluye a cada uno del control sobre los otros, en íntegro o en parte; pero el autocontrol que se obtiene a cambio bien vale el precio pagado. La ventaja neta, no la total perfección, es todo lo que uno puede pedir en un mundo en el que la escasez está en todos lados. El resultado adicional que se obtiene es una ventaja tangible del sistema liberal de derechos y no es inconsistente con alguna medida de protección social contra las malas circunstancias y el desastre, como se hace, por ejemplo, mediante la asistencia social al necesitado, práctica que no figura prominentemente en el esquema de Rawls.

En este sentido, es bastante ilustrativo notar que aunque el principio de autonomía es atacado frecuentemente en los asuntos económicos, es acogido en otras áreas de la actividad humana. En la ética médica, por ejemplo, una pregunta crítica es si un paciente tiene derecho a rehusarse al tratamiento que otros piensan que le conviene. Al tratar este reclamo, la tendencia manifiesta en la ley y la moral es ignorar la interdependencia de las personas y resistir cualquier sugerencia de que los amigos y familiares (mucho menos los socios o acreedores) tengan voz en la decisión, no importa cuánto dependan sus fortunas económicas o personales del resultado. De igual forma, existe una saludable negativa a sostener que los individuos son incompetentes para tratar estas decisiones, aun si los complejos temas médicos merman los alicaídos recursos físicos y emocionales del paciente. Existe, en el mejor de los casos, una curiosa discordancia entre el reconocimiento del derecho del individuo a controlar sus asuntos de vida y muerte, contra los reclamos de otros, y la adjudicación de controles colectivos sobre los talentos y habilidades en circunstancias ordinarias. En efecto, la única excepción real al principio de autodeterminación en temas médicos concierne a la eutanasia activa y a la prohibición familiar de suicidio asistido, que han sufrido crecientes ataques en los últimos años, más allá del afirmado interés del Estado en la preservación de la vida humana. El dominio del principio de autonomía no parte de la creencia de que las personas viven en pequeñas islas sociales, libres de influencias y despreocupadas de los intereses y comportamiento de los otros: es que ningún otro principio conjuga el poder con el interés en el mismo grado.

El buen juicio de esta asignación inicial de derechos de propiedad sobre las personas —el principio de autonomía— es enfatizado por las consecuencias en la felicidad y productividad humana que genera sobre una gran variedad de decisiones vitales para el bienestar de cada persona como individuo. Esta regla establece a un costo muy bajo



una regla de propiedad sobre toda labor y elimina la necesidad de que algún ministro de salud tome decisiones en temas de vida y muerte o que algún ministro de trabajo asigne personas a tareas particulares. En todos los asuntos, la descentralización de la propiedad sigue necesariamente al principio de propiedad sobre uno mismo. Sus raíces funcionales son tan fuertes que debe ser tratado como un imperativo moral, aun cuando la más poderosa justificación para la regla es empírica, no deductiva.

### PRIMERA POSESIÓN

La segunda regla está dirigida hacia la adquisición de propiedad. Una vez que es aceptada, podemos abolir incluso otros ministerios del gobierno. Nuevamente, el *common law* estableció una regla que, con algunas calificaciones teóricas importantes, funciona probablemente en el ochenta o noventa por ciento de los casos. Ciertamente, se aplica con gran éxito a bienes muebles e inmuebles,<sup>6</sup> nuestros bienes más importantes. Sin embargo, es importante entender por qué esta regla funciona tan bien en muchos casos comunes y qué limitaciones subsisten en la práctica.

La regla simple es esta: toma lo que puedas obtener. Aparenta ser una regla muy egoísta. En la historia del Derecho romano y angloamericano, fue llamada «ocupación natural» o «primera posesión» para los inmuebles y «la regla de captura» para los animales salvajes y las cosas muebles. La regla parte del supuesto de que en la posición original ninguna persona sabe nada que sea externo a ella misma. Sin embargo, el mundo no podría permanecer en esa condición sin que todos murieran de hambre. La transición de la no propiedad a la propiedad se realiza unilateralmente por adquisición individual. Si alguien sale y toma algo, entonces el resto del mundo tendría que sufrir, que es como los colectivistas críticos de la regla han entendido siempre el asunto. Esta es, sin embargo, la luz menos favorable bajo la cual puede verse el tema.

La justificación clásica para esta posición, la teoría de Locke sobre el trabajo, difícilmente hace algo para rebatir la crítica. ¿Por qué una persona se torna propietaria de un recurso natural cuando, como dice Locke, «mezcla» su trabajo con él? En algunos casos, el trabajo puede constituir el mayor valor en el objeto, pero esto no es de ninguna manera una verdad permanente: aquellos que sacan petróleo del suelo pueden volverse millonarios instantáneamente por pura buena suerte y el trabajo y destrezas de otras personas. En cualquier caso, la pregunta anterior es por qué una persona tiene el derecho de mezclar trabajo con recursos externos, y ese desafío puede ser enfrentado solo por un razonamiento circular, mostrando que el trabajo ya ha sido adherido al objeto. Si se le permite unir su trabajo a esta, la persona debería, en el mejor de los

---

<sup>6</sup> La expresión «bienes muebles e inmuebles» traduce la frase «land and chattels». (Nota de los traductores)

casos, obtener una garantía sobre la propiedad común igual al valor añadido por el trabajo en cuestión. El incremento no ganado podría permanecer como parte de lo común, compartido por todos por igual. Existe mucho que elogiar en un sistema de trabajo, pero este explica solamente cómo los individuos tienen derecho a un aumento en el valor de las cosas de las que son propietarios, no por qué son propietarios de ellas en el primer momento.

La mejor explicación para la regla del *common law* sobre la propiedad individual se enfoca no tanto sobre alguna relación mágica entre el propietario y el objeto, sino a las consecuencias sociales sistemáticas que se generan por la elección de normas legales diferentes. Inicialmente, está claro que cualquier regla tendrá desventajas y la objeción obvia a la regla de la primera posesión es que promueve un cierto nivel de egoísmo individual: un comportamiento ambicioso y avaro. Sin embargo, como era evidente de la discusión de la regla de la propiedad sobre uno mismo, una regla propuesta puede estar sujeta a una fuerte objeción y, al evaluarse, ser aún socialmente deseable. Para evaluar esta u otra regla, es necesario primero preguntar qué otra regla podría ponerse en su lugar. Una posición es tener una regla que adopta la forma básica, pero con un pequeño cambio en el detalle: una regla de *segunda* posesión, en la que la segunda persona que viene al terreno o sobre un objeto es quien se hace propietaria de él, de forma tal que la carrera no está dirigida a los más rápidos, sino solo a los rápidos.

Nunca se ha probado una regla de este tipo; pero, antes de descartarla como una nulidad, es importante entender por qué es una invitación al desastre social. La única manera de que haya un segundo poseedor es que haya antes un primer poseedor. Pero, ¿quién tomaría el honor tan incierto de ser el primer poseedor si el gasto de recursos privados correspondiente solo creará una posición en que permita que alguien más capture las tierras? Si se hace cumplir rigurosamente, esta regla tendría un efecto de incentivo dañino, porque nada podría ser objeto de propiedad privada. Por supuesto, podría haber esfuerzos para evadir la regla: podría pedirse a un amigo tomar posesión de algo por un instante para así preparar el escenario para la entrada triunfal y uno podría hacerlo recíprocamente en otra ocasión para emparejar las cosas. Pero si la regla de segunda posesión se respetara, una práctica de este tipo debería ser condenada inmediatamente como un engaño, dado que aquel comportamiento colusivo nos hace primeros poseedores después de todo. Aun si la colusión fuera permitida, ¿por qué exigir un conjunto complejo de acuerdos paralelos que podrían muy fácilmente ir en sentido equivocado?

Es posible ofrecer variaciones más complejas de la regla de primera posesión. Una opción es conducir una lotería de clases, en la que cada miembro del grupo (como sea que esté definido) recibe un determinado número de cupones. El primer poseedor obtiene más cupones que cualquiera y entonces una mayor probabilidad de recibir el

premio al final del día. Un sistema de este tipo se usa hoy en día en el *draft*<sup>7</sup> de la National Basketball Association (NBA) —en la que los jugadores no pueden poseerse en común— y, en él, peor equipo de la liga obtiene el mayor número de probabilidades en la lotería, pero no un derecho automático a la elección del primer jugador.<sup>8</sup> Sin embargo, esta lotería se adopta por contrato dentro de una liga muy unida, y su justificación es reducir los incentivos para que los equipos perdedores se rehúsen voluntariamente a ganar partidos para obtener las mejores opciones en el *draft* del año siguiente. No existen problemas de incentivos similares respecto a la tierra desocupada en el estado de naturaleza y ningún sistema claro de posiciones sobre el cual fundar la lotería. Entonces, el sistema complejo produce un costo administrativo sin un beneficio en la asignación de recursos y es superado, en ambos sentidos, por el sistema más simple que trata a la posesión como la raíz del título.

No hay una razón necesaria para persistir en una variación de la regla de primera posesión. En contraste, abandonarla exige asumir algún régimen de autoridad centralizada —algún sistema fuerte de distribución estatal— para decidir cómo parcelar todo para todos sobre la faz de la tierra. Sin embargo, cuando más se le necesita, cualquier Estado concebible tiende a ser débil o, en el mejor de los casos, solo capaz de ejercer un control parcial sobre una pequeña porción de la superficie terrena. Cuando las condiciones son primitivas, cuando la supervivencia está en juego, cuando el transporte y la comunicación son virtualmente inexistentes, el creer que alguna forma de control central podría distribuir los recursos naturales entre los miembros de culturas dispares que viven a miles de kilómetros de distancia es como silbar en la oscuridad. Del Estado (o clan o tribu) que no puede ni siquiera hacer asignaciones arbitrarias de derechos de propiedad, difícilmente puede esperarse que organice una subasta sofisticada para vender recursos naturales al usuario que los valore más. Es difícil concebir quién podría conducir la subasta en un mundo sin dinero y sin las reglas rudimentarias del intercambio.

En este punto, la discusión de la regla de primera posesión toma el mismo camino que la discusión previa sobre la autonomía. Una cosa es defender la regla de sus críticos,

---

<sup>7</sup> El *draft* es el sistema utilizado por la NBA para la distribución de los jugadores. Mediante este, los 13 peores equipos de la NBA obtienen las primeras opciones para escoger jugadores con el fin de reforzar su plantilla. Al ser un sorteo ponderado, el peor equipo recibe las mayores opciones, pero, como toda lotería es caprichosa, no necesariamente el peor equipo obtendrá el derecho a realizar la primera elección. (Nota de los traductores)

<sup>8</sup> Los Orlando Magic ganaron dos veces consecutivas y obtuvieron muy buenas opciones. Usaron la primera para obtener a Shaquille O'Neal y la segunda para obtener a Chris Webber, quien fue intercambiado con San Francisco por Anfernee Hardaway y un número de buenas opciones en el *draft*. Claramente, la lotería es un negocio de alto riesgo, pero nunca olvidemos que Michael Jordan fue escogido tercero por los Chicago Bulls en 1984.



y otra es defender que la regla tiene la condición de verdad permanente que, por cierto, no tiene. Tal como la regla de autonomía, la regla de primera posesión impone costos en aquellos que quedan excluidos. Pero también, como la regla de autonomía, provee beneficios compensatorios —claramente, la seguridad de la posesión— que justifican su lugar en el orden social. La regla también permite el control descentralizado de recursos materiales a un bajo costo agregado. Aquellos que no sean capaces de adquirir bienes por primera posesión son capaces de adquirirlos financiados por dinero, bienes o tierra que adquieren mediante el uso de su propio trabajo. Debido a que dos individuos pueden hacer intercambios beneficiosos sin la participación del resto del mundo, la dimensión general de la ganancia es tan grande que no necesitamos preocuparnos por su distribución. De forma más sencilla, las ganancias del uso o intercambio de una gran cantidad de recursos son mayores que las pérdidas que otros asumen por la exclusión. Es nuevamente un tema empírico y no deductivo.

Precisamente porque la justificación de esta regla es empírica, es posible definir los límites de su bondad, dado el conocido intercambio entre la simplicidad administrativa y los incentivos deseables. Una regla que permite que el primer poseedor se haga propietario de la tierra no conduce a una depredación prematura de los campos. El dueño que cuenta con un pedazo de tierra decide cómo y cuándo cultivarla, y cuándo dejarla descansar. De hecho, los horizontes temporales de largos períodos crean los incentivos correctos contra el uso exhaustivo. Una de las justificaciones tradicionales para los derechos de propiedad se vale de una metáfora agrícola: debe solo cosecharse allí donde se ha sembrado. Las fronteras simples, que se hacen cumplir a bajo costo administrativo, crean incentivos óptimos para el uso.<sup>9</sup>

En el caso de los animales salvajes, sin embargo, el mismo escenario feliz podría no funcionar, debido a que el cazador de un solo búfalo o castor obtiene todas las ganancias del animal capturado pero asume solo una pequeña fracción de la pérdida en el tamaño y la estabilidad de la manada. Un sistema de territorios de caza es más costoso de administrar que una regla de primera posesión aplicada a animales aislados, así que, cuando el consumo de animales es bajo, en realidad no hay razón para cambiar el régimen de propiedad.<sup>10</sup> Pero cuando existe un impacto externo al sistema —como la llegada de comerciantes de pieles franceses a Canadá a inicios del siglo dieciocho—, el sistema de primera posesión cederá su posición a un sistema diferente de propiedad. Los derechos exclusivos de caza sobre pequeños territorios estuvieron a la orden del día para los animales de piel que no migraban a través de las tierras. En esencia, un

---

<sup>9</sup> Véase, en general, ELLICKSON, Robert C. «Property in Land». *Yale Law Journal*, vol. 102, 1993, p. 1315.

<sup>10</sup> Véase DEMSETZ, Harold. «Toward a Theory of Property Rights». *American Economic Review*, vol. 57, Pap & Proc. 1967, p. 347, para la explicación esencial.

sistema de derechos de propiedad algo más complejo (aunque claramente determinado) desplazó a la vieja regla cuando los avances tecnológicos crearon nuevas necesidades, que en contrapartida justificaron mayores restricciones a la elección individual. Sin embargo, aquí el sistema tampoco es uno de propiedad centralizada por parte del gobierno. Fue un movimiento para separar territorios, cada uno con propietarios privados que ahora tenían los incentivos correctos para intercambiar el valor obtenido de la caza presente y futura.

## ROMPIENDO LA CADENA DEL TÍTULO

Una regla de primera posesión, sea para animales o para tierras, no garantiza su propio cumplimiento. Aunque los abogados modernos tienden a entender la ley de propiedad como referida al control del uso de la tierra y los permisos de planeamiento, la preocupación dominante en los sistemas legales primitivos fue la desposesión por guerras y desorden social.<sup>11</sup> En un mundo perfecto, una regla de primera posesión es suficiente porque todas las transacciones subsecuentes estarán en concordancia con las reglas del juego. Pero en un mundo lleno de violencia privada y corrupción política, frecuentemente ocurre que la gran cadena del título se rompe sin que se perciba. En este punto, surgen los conocidos problemas del segundo mejor: como un asunto administrativo, es muy difícil tratar con eventos remotos que autentican el título bajo una regla de primera posesión. Las consideraciones pragmáticas tienden a dar mayor peso a los eventos recientes para estabilizar las relaciones para el futuro aun cuando no sea posible rectificar los males del pasado. Así, un sistema legal completo tiene que enfrentar dos problemas que un sistema ideal podría ignorar: el título por posesión adversa o prescripción adquisitiva<sup>12</sup> es el primero; el título relativo es el segundo. Cada uno requiere una explicación.

### Título por posesión adversa o prescripción adquisitiva

El problema del título por prescripción o posesión adversa surge cuando una persona ha tomado ilegalmente la propiedad de otro y continúa ocupándola por un largo período de tiempo. ¿En qué momento, si en alguno, el derecho de prescripción adquisitiva del invasor se convierte en un título no atacable incluso por el propietario original?

<sup>11</sup> GAYO. *Institutas*, Libro II, 42-44 (derecho romano). MAITLAND, Frederic W. *The Forms of Action at Common Law*. Edición de A. H. Chaytor y W. J. Whitaker, 1936, pp. 16-26.

<sup>12</sup> La expresión «prescripción adquisitiva» traduce la frase «prescriptive right». La prescripción adquisitiva es una categoría clásica de la tradición del Derecho Civil y esencialmente análoga a la de *prescriptive right*, propia del *common law*. (Nota de los traductores)

Como un tema de justicia, la primera respuesta que uno está tentado a dar es *nunca*: ¿por qué alguien debe beneficiarse de su propio mal actuar?, ¿y cómo el solo paso del tiempo puede convertir la desposesión ilegal del propietario en un acto legal? Sin embargo, en la práctica todos los sistemas legales han adoptado normas de limitaciones para resolver el problema, de forma tal que si no se impone una demanda dentro de un número determinado de años la propiedad se pierde; una regla simple que es preferible a la determinación caso por caso que busca examinar los estados mentales y el comportamiento del invasor y del propietario desposeído. Una regla de este tipo es esencial: primero, porque protege aquellos títulos válidos de falsas demandas interpuestas por otros; y segundo, porque nuevamente crea un único propietario, necesario para devolver la propiedad a la cadena comercial (¿quién compraría o mejoraría un terreno cuando alguien más es capaz de apropiarse de él?).

Los asuntos del título por prescripción se hacen más complejos en los casos en los que es legalmente imposible para el propietario original interponer la demanda, como es el caso de muchos países de Europa del Este que han salido recientemente del gobierno comunista. Aquí, los conflictos de intereses que se generan son asfixiantes. De un lado, están las incontables historias sobre desposesión deliberada en contra de gente inocente. De otro lado, están los reclamos de ocupantes inocentes que insisten en que han pasado demasiados años como para deshacer injusticias pasadas sin crear mayores injusticias para ellos. Y fuera de los reclamos de las partes está la pregunta de si una sociedad puede avanzar cuando las incertidumbres sobre el título legal hacen precario cualquier desarrollo futuro de la tierra.<sup>13</sup> El caso es ciertamente difícil bajo cualquier visión del mundo y las respuestas en distintos países han sido mucho menos que uniformes. En un balance, sin embargo, la decisión correcta es denegar la restitución, dejando abierta la posibilidad de pagar alguna compensación, aunque inadecuada, por la propiedad tomada.

Lo que debe evitarse a toda costa es una adjudicación caso por caso de un conjunto complejo de reclamos que dejarían, incluso a los ganadores (sin mencionar a los inocentes perdedores) de las demandas específicas, atados por la pesadilla de la incertidumbre legal cuando deseen negociar con su propiedad nuevamente adquirida. No es

---

<sup>13</sup> BATTIATA, Mary. «Issue of Seized Property Divided Poles: Ex Owners' Prospects Founder in Financial Straits of the New Rule». *Washington Post*, 5 de mayo de 1991, p. A35. Este trabajo anota que los reclamos por restitución individual referidos fueron rechazados para evitar el litigio y para estimular la inversión privada. Véase también KAISER, Robert G. «East Europe: The Moral Muddle after Marx». *Washington Post*, 19 de mayo de 1991, p. D1, que describe algunos reclamos, incluso contra propietarios que han mejorado la propiedad a su costo; y MAASS, Meter. «Hungary's Compensation Promise Proves Hollow for Many Claimants: Government Offers Bonds as Partial Payment for Seized Property». *Washington Post*, 26 de octubre de 1991, p. A14, que lamenta los pequeños montos de compensación por los robos comunistas.



que la rectificación pueda aislar un caso e ignorar todos los demás, porque —aunque ese es un supuesto seguro para ciertos casos de mala conducta— no se sostiene cuando han ocurrido actos sistemáticos de injusticia. El punto más obvio es que los actos de injusticia hacen más que redistribuir riqueza entre las partes: destruyen los procesos en los que la riqueza se forma y transfiere. Hay poco que decir respecto de lo que *hubiera sido*, y ningún sistema de compensación podría contrarrestar las pérdidas de dos generaciones de abuso y abandono. La parte que gana en un caso puede tener derecho a percibir algo del tesoro del Estado, pero estará obligada a ayudar a financiar los reclamos que innumerables otros podrán dirigir, y efectivamente dirigirán, al Estado. Y todos sufrirán por las incertidumbres legales sobre el título en las décadas necesarias para identificar y resolver estos reclamos. Solo parte de esa dificultad puede evitarse exigiendo una compensación a los individuos que actúan mal. Muchos de ellos han muerto y han dejado su propiedad a la siguiente generación o la vendieron a terceros, o ambas opciones. Los actuales poseedores de la propiedad probablemente la han mejorado sustancialmente, pero no podrían demostrar tanto el costo como el valor de las mejoras efectuadas.

Llega un punto en el que las injusticias son tan frecuentes y ampliamente distribuidas que la única opción es corregir todas o no corregir ninguna. Esta elección parece clara. La doble preocupación por los costos administrativos y efectos de incentivos normalmente protege los derechos otorgados, pero en estas forzadas situaciones se da vuelta y tolera el nuevo conjunto de tenencias, sin tomar en cuenta sus orígenes ilegítimos. Uno necesita al menos una simple regla categórica de no restitución de la tierra a sus anteriores dueños. Aun los esfuerzos para otorgar una compensación en casos individuales parece contraproducente, y lo mejor que puede hacerse es desenmascarar a esas pocas personas que aun mantienen las malas ganancias de su botín, que pueden devolverse al tesoro público. Y si este resultado parece —como es— insatisfactorio, puede aprenderse una lección. Tan importante es la preocupación por la estabilidad de la posesión que deben hacerse grandes inversiones para asegurar que no ocurran violaciones del principio en primer lugar. Aquí, la prevención prevalece sobre la rectificación. En tiempos ordinarios, algunos de los silenciosos héroes del Derecho moderno son aquellos aburridos sistemas para el registro de las tierras, que reducen al mínimo la posibilidad de una desposesión errónea de propiedad inmueble.

### Título relativo

El segundo gran reto al sistema de primera posesión surge cuando ningún reclamante tiene mejor derecho en una disputa sobre propiedad. Entonces, si C toma la propiedad de B, que a su vez la ha tomado de A, este último puede ciertamente recobrar la propiedad de B o C. En un mundo de un cumplimiento perfecto de las leyes, este

resultado siempre se produciría, de forma que el problema del título relativo nunca surgiría. Por consiguiente, si A ha dejado la escena, ¿cuáles son las posiciones relativas de B y C cuando ninguno es el primer poseedor de la tierra? Una posibilidad es decir que todos los títulos ilegítimos son de igual peso. Una regla como esta economiza costos administrativos, pero la consecuencia distributiva de esa posición es desastrosa, porque significa que una vez que se violan las reglas de propiedad ninguna forma de orden civil puede mantenerse. B no puede recobrar de C, pero —en el siguiente turno— tampoco C puede recobrar de D, el ladrón que le roba, y así sucesivamente. Una simple falta dentro del sistema destruye para siempre la posibilidad de mantener el orden civil.

Para enfrentar esta dificultad, las cortes sostienen uniformemente que C no puede defender su posesión contra B mostrando el mejor derecho de un tercero, A (el llamado *ius tertii*), en una demanda promovida por B. Bajo este sistema, el título se torna una noción relativa, de forma tal que «el primero en el tiempo» se convierte en «el que tiene mejor derecho», y es el del primero en el tiempo un caso especial de un principio general. Con el otorgamiento del título, todos los reclamantes que invoquen tener derecho interpondrán su demanda o verán su derecho de acción prescrito por el paso del tiempo, de forma tal que nuevamente una sola persona está investida con los atributos del propietario de acuerdo al *common law*.

Entonces, las reglas de propiedad tienen una estructura de dos partes con una elegancia considerable. En la etapa inicial, la primera adquisición es la mejor y establece el escenario para todas las transacciones voluntarias subsecuentes. Sin embargo, una vez que se ha cometido un error, las leyes limitativas fuerzan a la parte dañada a hablar o callar para siempre. Por otro lado, mientras la parte dañada no actúe, el poseedor actual estará inmediatamente investido con todos los atributos de un propietario contra el resto del mundo. En situaciones ordinarias, este sistema es razonable y duradero. Solo en aquellos casos en los que se ha cometido el mal y el proceso de compensación ha sido denegado, nos vemos forzados a hacer el tipo de juicios imposibles que ahora surgen en Europa del Este. ¡Si solo se hubiera respetado la regla de primera posesión en todo momento!

## PROPIEDAD COMÚN

Hasta este punto, la regla de primera posesión crea una analogía cercana entre las reglas para la protección de la libertad individual y las reglas para la adquisición de propiedad. Sin embargo, el conjunto de recursos naturales es mucho más amplio que el de las diferencias entre las personas y no hay garantía de que la regla de propiedad privada necesariamente prevalezca sobre una regla de propiedad abierta o común para todos los recursos. La mezcla entre la propiedad que se tiene en común y la propiedad

que se restringe a la propiedad privada es, ciertamente, tan antigua como el Derecho mismo. Los romanos, por ejemplo, comenzaban sus discusiones sobre propiedad con la afirmación de que, por ley natural, el aire, el agua de los ríos, el mar y consecuentemente las riberas del mar eran cosas «comunes a todos».<sup>14</sup>

Introducir formas de propiedad común en la base de un sistema legal clásico no puede ser visto como la puerta de entrada para el moderno Estado de Bienestar, por lo que la pregunta es si mis teorías generales pueden solventar no solo la propiedad privada que se obtiene por primera posesión sino, también, formas de propiedad pública caracterizada por igual acceso, sin tener en cuenta el tiempo, para un uso por corto tiempo. Aquí el enfoque romano era apelar a la ley natural, como si existiera una respuesta necesaria y permanente a la pregunta de cómo debe asignarse la propiedad. Pero si los juicios a favor de la regla de primera posesión (como aquella a favor de la autonomía personal) se apoyan menos en la deducción y más en la regularidad empírica, no hay razón para pensar que alguna teoría de una verdad necesaria o natural explicará mejor aquellas formas de propiedad tenidas en común, esto es, aquellas que ofrecen libre acceso a todos al mismo tiempo. La pregunta es cómo explicar la existencia de dos formas de propiedad ampliamente diferentes dentro del mismo sistema legal.

Para resolver el acertijo, nuevamente es útil acudir al intercambio entre costos administrativos y efectos de incentivos que definen cualquier régimen legal. Primero, los costos administrativos de operar un sistema en el que la propiedad sea tenida en común no son siempre tan altos como pueden aparentarlo en primera instancia. El sistema no da poder al Estado para decidir quién debe usar los bienes comunes y en qué proporción; no se trata de una versión incipiente de los sistemas de zonas o permisos. Segundo, dicho tipo de sistema afronta bien el tema de los incentivos y el comportamiento. Recordemos que el juicio empírico básico sobre tierras y otras propiedades<sup>15</sup> era que los beneficios de un sistema de uso e intercambio justificaban a la larga los costos de exclusión impuestos sobre los demás. Pero la magnitud relativa de esos costos varía fuertemente si cambiamos la naturaleza subyacente del recurso en cuestión. Así, una regla de primera posesión aplicada al agua de los ríos permitiría, en principio, a una persona bloquear toda una corriente y apropiarse de su contenido

---

<sup>14</sup> JUSTINIANO. *Instituciones*. Libro I, título 1. Para una discusión extensa de estos temas, véase EPSTEIN, Richard A. «On the Optimal Mix of Common and Private Property». *Social Philosophy & Politics*, vol. 11, 1994, p. 17.

<sup>15</sup> La expresión «tierras y otras propiedades» traduce la frase «land and personal property». En la tradición jurídica del *common law*, la categoría «real property» hace referencia a toda tierra o estructura firmemente adherida y a todos sus integrantes (por ejemplo, instalaciones de luz o agua), a cualquier bien que crezca en el terreno y a los derechos de la propiedad. Por su parte, «personal property» designa los activos móviles (cosas o animales) que no sean considerados «real property», dinero o inversiones. (Nota de los traductores)



para sí misma por el simple acto de posesión. Esa decisión reduce el valor del agua a aquel que tendría si estuviera en una gran botella. Se perdería el valor para mantener los peces, las plantas y la flora; se perdería también su valor para la navegación, y se iría también su valor para la recreación y la estética del paisaje. La vieja máxima de que «el agua debe ir a donde fluye naturalmente» es una manera simple, pero acertada, de decir que el valor de un río o lago en su estado natural es ampliamente mayor al que tendría si estuviera en forma de barriles de agua de lluvia. Mantener la propiedad común en su posición original preserva ese valor en una forma que cualquier sistema de posesión adquisitiva podría destruir.

Pero una cosa es preservar el valor y otra muy diferente es maximizarlo. No hay razón por la que toda el agua de un río deba necesariamente quedarse allí. Alguna parte del agua podría bien ser usada para beber, cuidar a los animales o mantener las cosechas. Y los sistemas antiguos permitían esta forma de uso combinado y permitían a los propietarios ribereños tomar para su uso montos limitados de agua con fines domésticos o agrícolas. Los esfuerzos de Locke para justificar este resultado bajo la teoría del valor basado en el trabajo fracasan aquí, como también en la regla de la primera posesión de la tierra y otras formas de propiedad. Si el trabajo fuera el elemento decisivo, entonces cuanto más trabaje uno, más agua podría sacar. Su teoría explica solo el derecho básico, pero no su inseparable limitación. Como antes, él falla al explicar qué cosa le da únicamente a ciertas personas (los propietarios ribereños) el derecho a sacar solo un poco de agua. Como antes, su error es buscar una respuesta a la pregunta en la misteriosa relación entre el propietario y el objeto.

Un enfoque mucho mejor es observar las consecuencias sistemáticas en el bienestar que la regla ofrece. Permitir el uso privado y limitado del agua funciona de acuerdo con otra generalización tosca pero confiable. La utilidad marginal del uso privado de un poco de agua es mayor a la pérdida marginal para el íntegro del agua, mientras que estos usos estén eficaz y fuertemente limitados. El sistema busca maximizar la suma del uso interno y externo del agua. Permite el uso exclusivo cuando sus costos externos son bajos, pero lo limita cuando estos costos se tornan altos; y lo hace bajo un régimen consuetudinario que opera a un costo razonablemente bajo y sin un control centralizado extensivo. El sistema es, ciertamente, algo más complicado que las reglas aplicables a la tierra. Sin embargo, debemos esperar que, dado que el agua es un recurso más complejo que la tierra, los beneficios de A sean mucho menos separables que sus costos para B. Las reglas que crean ámbitos separados deben ser productivas para quienes estructuran tanto su uso común como privado.

Dada esta situación básica, muchas de las figuras del régimen legal de tierras ya no son apropiadas para el agua.<sup>16</sup> La primera posesión es la primera regla en desaparecer.

---

<sup>16</sup> Para un resumen conveniente, véase 3 Restatement (Segundo) of Torts, capítulo 41.

Todos los ribereños tienen un derecho limitado e igualitario a retirar agua, sin importar cuán antiguos sean sus títulos de propiedad. La disposición libre es la siguiente en desaparecer: los derechos de venta de agua pueden proceder solo en forma anexa y subordinada<sup>17</sup> a la compraventa de la tierra ribereña; de otro modo, la propiedad sostenible de un río sería destruida por retiros excesivos de agua para beneficio de tierras o programas no ribereños. También desaparece la naturaleza perpetua de la posesión. Los usos internos del agua son de corto plazo, no perpetuos: ir río arriba o río abajo no le da a alguien el derecho de establecerse en una parte de él, y los usos recreativos están limitados de forma similar en tiempo y circunstancias. La naturaleza absoluta de los derechos de propiedad también desaparece rápidamente. Los propietarios de las tierras pueden excluir a los otros y mantener su propiedad inviolada. Los propietarios del agua tienen que compartir del mismo modo y deben reducir su participación proporcionalmente durante la época de caudal bajo. Idealmente, uno quisiera tener un sistema en el que los usos menos valiosos terminen primero; pero, en un sistema en el que los intercambios son difíciles de establecer, es simplemente demasiado difícil hacer juicios individualizados sobre quién necesita más agua y por qué. Nuevamente la regla empírica más simple ha desplazado a las más acertadas mediciones de valores.

Toda esta red de derechos y obligaciones también está fuertemente restringida a ciertos tipos de ríos y ciertos tipos de tecnologías. Funciona mejor en las regiones en las que el agua es un recurso abundante (de forma tal que los pozos son una fuente alternativa) y los usos internos del agua (pesca, nado, botes y otros) son valiosos. En tanto las circunstancias externas cambien, cambiará el sistema de derechos sin perjuicio de la natural y atemporal naturaleza de los derechos de propiedad tan alabada por Justiniano. Sin embargo, el avance de la tecnología durante el siglo diecinueve exigió ajustes en el sistema de derechos de propiedad para permitir la creación de molinos junto a los ríos.<sup>18</sup> La falta de usos para determinadas aguas del oeste dio pie a un sistema de apropiación por primera posesión, que resultó en que casi toda el agua fue usada para irrigación. Estas diferencias en los derechos de propiedad no son simplemente arbitrarias o inciertas. Responden a constantes presiones por crear los incentivos correctos para el comportamiento productivo a bajo costo administrativo. Su duración a lo largo del tiempo es una buena prueba de su utilidad social. La siguiente pregunta es cómo puede uno construir el resto del sistema legal sobre su fundación inicial de derechos de propiedad.

---

<sup>17</sup> La expresión «anexa y subordinada» traduce el término «appurtenant». (Nota de los traductores)

<sup>18</sup> ROSE, Carol M. «Energy and Efficiency in the Realignment of Common-Law Water Rights». *Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1990, p. 261.





## CAPÍTULO 4

### Contratos

MIS PRIMERAS DOS REGLAS han favorecido mucho la creación de un orden en el escenario legal. La primera regla permite que los sujetos tengan control sobre sus propias vidas, mientras que la segunda asigna a cada bien un propietario. El sistema satisface al menos las preocupaciones mínimas sobre igualdad formal, porque cada uno tiene derecho a usar sus propias habilidades para adquirir bienes específicos. Cualquiera que sean las fortunas que los individuos puedan tener, las ventajas estructurales del sistema se mantienen, porque las reglas del *common law* sobre autonomía personal y propiedad individual necesariamente descentralizan el control de los recursos humanos y materiales. Ninguna persona, ningún grupo de individuos, puede decidir quién va a ser propietario de qué, ni quién tiene derecho a tratar con quién en la transferencia de trabajo o talentos.

Muy a menudo, sin embargo, el conjunto de recursos que se nos otorga naturalmente o que hemos adquirido por posesión no es el que quisiéramos tener al final. Necesitamos alguna manera de alterar el control de los recursos para aumentar su valor para todas las personas simultáneamente: por ello, es fundamental el papel que juega el intercambio voluntario. Podemos empezar enfatizando la observación económica tradicional de que algunas veces existe una enorme diferencia entre el valor de intercambio y el valor de uso, tanto del trabajo como de los recursos naturales. Por ejemplo, una computadora podría valer 100 dólares si es usada por su actual dueño. Sin embargo, podría venderse en 125 dólares en el mercado y dar 150 dólares en beneficios a un nuevo dueño. El valor de uso en el presente es menor que el valor de intercambio, que a su vez es menor que el valor de uso para el comprador. Si se bloquea el intercambio, las ganancias potenciales para el comprador y el vendedor se destruyen, sin ninguna ganancia social que lo contrapesa.

No existe, por supuesto, ninguna razón para creer que todos los bienes tienen mayor valor de intercambio que de uso. Algunas veces, uno puede usar lo que tiene mejor que su vecino. Esta es la razón por la que no todas las casas en el vecindario tienen el aviso de «se vende». Pero algunas veces un vecino o un completo extraño puede hacer mejor uso de nuestra casa que el que nosotros podemos hacer y eso explica por

qué *algunas* casas están a la venta. El mecanismo básico del contrato es muy simple, poderoso y universal. Esencialmente supone renunciar a algo que uno valora a cambio de algo que uno valora aún más. Si ambas partes permiten que el intercambio se produzca, habrá un enorme aumento en el bienestar general, a menos que haya algunas pérdidas sistemáticas para terceros, un tema mejor abordado al tratar la cuarta regla simple. Aún mejor es que esta simple idea de ganancias por medio del intercambio es pasible de infinitas repeticiones. Lo que se adquiere en una transacción puede ser nuevamente trabajado, empacado y revendido en otra. En tanto las ganancias comunes sean satisfechas en cada paso, no hay razón para imponer limitaciones artificiales en el número de veces en el que la gente puede confiar en esta regla. Una sola idea buena derrota a mil ideas malas.

La adquisición por medio de contratos voluntarios es insuficiente para construir un sistema entero, porque no resuelve el problema del retroceso infinito: si he adquirido mi título de ti, ¿cómo has adquirido tú el tuyo? Y, si tú lo has adquirido a través de X, entonces ¿cómo ha adquirido X el suyo? Y así sucesivamente. La idea de que cada persona es propietaria de sus propias decisiones y, mediante ellas, de su propio trabajo en la posición inicial, ingresa en esta regresión y establece una base sólida para el subsiguiente sistema de intercambio voluntario. Los principios aquí son perfectamente generales. Primero, aplicamos las reglas referentes a la propiedad sobre uno mismo y la primera posesión; luego aplicamos las reglas generales de contratos respecto a los bienes así adquiridos y, posteriormente, aplicamos las normas de responsabilidad civil extracontractual para asegurarnos de que no suceda ninguna acción de agresión inadmisibles. Los cuerpos especializados de leyes sobre propiedad inmueble y trabajo simplemente salen de estas consideraciones, sin una disposición u orden legislativo especial. El *common law* ha conseguido un alto nivel de coherencia y universalidad con sus pocos principios generadores de derechos y obligaciones.

Estos intercambios contractuales también funcionan para mitigar algunos de los excesos aparentemente individualistas de un sistema de primera posesión. Los contratos no solo nos permiten intercambiar nuestro propio trabajo o cosas que hemos adquirido sino, también, intercambiar o compartir cosas que adquiriremos en algún momento futuro. Si un grupo de cazadores decide dividir su caza futura por cada miembro del grupo, la transacción es perfectamente válida aunque el intercambio voluntario tenga lugar antes de la adquisición. La obligación de transferir simplemente se difiere hasta luego de la adquisición. Así, por ejemplo, los miembros de la tripulación de una embarcación ballenera utilizan esa forma de contratación. De igual modo, si una familia o grupo social impone fuertes obligaciones a sus miembros, el primer poseedor está prohibido de compartir su pesca en concordancia con la regla aplicable. Y en los sistemas feudales, la tierra adquirida por conquista o por ocupación original puede ser parcelada a favor de los miembros del grupo a cambio de obligaciones de lealtad y ayuda —un patrón de organización social adoptado en muy diversas

culturas—. <sup>1</sup> Entendida correctamente, la única función de la regla de primera posesión es excluir a los extraños de la propiedad adquirida. Ahí donde existan ganancias debido a la cooperación y al compartir, la regla del intercambio voluntario permitirá la conversión consensual de la propiedad individual en propiedad común. Las dos reglas funcionan juntas y deben ser evaluadas conjuntamente.

## ABSTRACCIONES Y PERSONAS

La lógica de la ganancia mutua a partir del intercambio voluntario es perfectamente general. Se apoya únicamente en el interés propio de los individuos en un mundo de escasez. No es particular a una cultura, una época o un conjunto de valores. Más importante para estos fines, la lógica del intercambio no es exclusiva de algunos sujetos. No propone un conjunto de reglas para empleadores y otro para trabajadores, o un conjunto para señores y otro para vasallos. No crea un conjunto para la gente que es rica y poderosa, y otro para quienes son débiles o sumisos. La ley habla de dos individuos fuertemente decididos<sup>2</sup> en todos los arreglos contractuales: A y B. Estos individuos no tienen color, olor, época, tampoco nacionalidad, edad, raza o sexo conocidos. Estos individuos son abstracciones conscientes, que no son representaciones de las personas en el mundo y que son útiles precisamente porque están desligados de todo contaminado grupo de particulares. A y B (y sus amigos de C a Z) son definitivamente omnipresentes y, sin embargo, solo ocasionalmente hacen contacto con el confuso mundo del comercio que están diseñados a describir.

Existe una fría y práctica lógica detrás de esta búsqueda despiadada de abstracciones. La teoría del *common law* postulaba que, mientras se sepa que existe un A y un B, se tiene toda la información necesaria para imaginar sus autodefiniciones a partir de un contrato. No es importante para la ley (aunque sí para las partes) el que sean socios con igual proporción, o que una de las partes del contrato sea el empleador y la otra sea el trabajador. Estas relaciones, estas categorías, no son impuestas sobre los individuos privados mediante la operación de la ley; estos roles son escogidos libremente por los individuos que actúan dentro del sistema. A decide trabajar para B, y B acepta trabajar para A. Cada uno de ellos se mantiene libre de asumir otras funciones en sus relaciones con otras personas. No hay inconsistencia en el que A trabaje para B en una transacción y contrate a C en una segunda. No hay inconsistencia en que A sea dueño

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, ELLICKSON, Robert C. «Property in Land». *Yale Law Journal*, vol. 102, 1993, p. 1315; GLUCKMAN, Max. *The Ideas in Barotse Jurisprudence*. 1965, pp. 75-112; y POLLOCK, Frederick y Frederic W. MAITLAND. *A History of English Law*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. 2, capítulo 1, 1898.

<sup>2</sup> La expresión «individuos fuertemente decididos» traduce la frase «hardy standbys». (Nota de los traductores)



de una casa, sea inquilino en otra y constituya una hipoteca sobre una tercera. Los patrones de la vida social se determinan no por una poderosa autoridad central sino por las repetitivas e independientes decisiones de miles de individuos separados que persiguen su interés propio. No hay ningún patrón definitivo de trabajos o contratos que sea justo, apropiado o equitativo solamente por la manera en que luce. El registro definitivo se justifica solamente a partir de la «cadena de títulos» para cada transacción original.<sup>3</sup>

Esta masiva simplificación del universo social trata a todas las personas como si fueran tan fungibles como las letras del alfabeto y, por tanto, ignora o rechaza todo esfuerzo de inducir al *common law* a tomar en consideración la diferencia entre un trabajador individual, de medios limitados, y una gran corporación industrial. La crítica más relevante a este sistema, utilizado en el *common law*, condena su insuficiencia para reconocer las diferencias existentes en cuanto a la función y el *status* que hayan sido y sean aparentes a todos aquellos que se molesten en observar la operación. Los reformadores quieren desacreditar el enfoque del *common law* como una triste caricatura de la gran variedad de interacciones sociales y reemplazar las inasibles generalidades del contrato, la propiedad y los daños, con un conjunto más dividido de reglas que tome en cuenta diferencias conocidas y particulares en los roles sociales y en contextos institucionales. Las primeras formas de ley contra la discriminación comprendían, por ejemplo, una prohibición general contra la negativa a contratar o dar un ascenso por razones de raza, sexo o nacionalidad. Sin embargo, las variantes modernas, especialmente *Americans with Disabilities Act*, contienen reglas detalladas que regulan lo que puede ser exigido o hecho en cada paso del proceso de selección de personal: qué preguntas pueden hacerse sobre la historia médica, qué ayuda se puede ofrecer, qué modificaciones estructurales deben realizarse y así sucesivamente. La crítica al *common law* busca hacer a las reglas aplicables más sensibles a los temas dominantes de las relaciones humanas.

Sin embargo, ¿por qué algún analista o sistema legal intenta desatender verdades sociales evidentes y hablar solo de varios A y de varios B cuando la información específica sobre el contexto y los roles es indispensable para entender cómo se comportan los individuos y cómo operan los mercados? Para responder a esta pregunta es necesario dejar de lado los aspectos particulares para enfocarnos nuevamente en los principios generales. Es verdad que todos los individuos son diferentes en atributos naturales, en ambiciones personales, en roles sociales y en expectativas institucionales. Pero hay una sola cosa que cada uno de ellos quiere y la quiere precisamente porque cada uno es, en cierta medida, un A y un B: *desean cada vez más*. Podemos no ser capaces de

---

<sup>3</sup> Para la más poderosa discusión sobre las teorías históricas y de patrones de justificación, véase NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*, capítulo 7, 1974.

responder, desde un lugar desinteresado, a la pregunta «¿más de qué?» o de explicar por qué se prefiere más de esto que de aquello. En efecto, en muchas ocasiones las personas no pueden explicarse a sí mismas por qué prefieren más de un bien o producto que de algún otro; pero, más allá de este desconocimiento, sí sabemos que las personas que tienen más pueden siempre acabar con menos al entregar algo de lo que tienen a algún número de ansiosos receptores, ya sean familiares o instituciones de caridad. En contraste, la gente con menos solo puede acabar con más tomando una de dos rutas: la fuerza o el intercambio (este último término interpretado ampliamente para incluir no solo el intercambio propiamente dicho sino, también, las liberalidades).

Esta característica de querer más es universal. Es igualmente aplicable a empresas avaras y rapaces como a individuos con intereses individuales. Efectivamente, querer más no es una característica por la que debemos condenar a la gente. El deseo de querer más es una de las pocas figuras indispensables para el progreso y desarrollo humano. La pregunta correcta no es por qué queremos más sino si es posible que consigamos la mayor cantidad posible de aquello que queremos.

Solo hay dos tipos de juego (dos patrones de comportamiento) que la gente puede jugar en un mundo en el que todos quieren más y temen terminar con menos. El primer juego es conseguir más para uno tomando de alguna otra persona. El segundo es tomar más entrando a un intercambio voluntario con otra persona. Todos los ostensibles terceros casos independientes (por ejemplo, regulación estatal o error privado) son esencialmente variaciones, ya sea de la coerción o del consenso. A partir de estos presupuestos generales, el argumento de pensar acerca de la relación jurídica en términos de los inertes A y B es como sigue: cada A y B tiene determinados atributos iniciales, estos son aumentados luego por medio de cosas que se adquieren mediante la primera posesión o el intercambio voluntario. Cuando A celebra un acuerdo voluntario con B, esta constante presión por terminar con más en vez de menos conllevará que dos desigualdades críticas se satisfagan simultáneamente. La primera desigualdad señala que cuando A sacrifica algo (sea trabajo o bienes materiales) lo valorará menos que lo que recibe a cambio. La segunda desigualdad indica que cuando B sacrifica algo lo valorará menos de lo que valorará lo que recibe a cambio.

Si se toman juntas, estas desigualdades tienen un enorme significado social. Estas implican que todos los intercambios voluntarios son juegos de *suma positiva* para los participantes. El intercambio no solo transfiere activos físicos o intangibles; también aumenta la satisfacción humana reuniendo los activos con aquellas personas que más los valoran. Esa proposición se sostiene prescindiendo de cómo A y B recibieron sus atributos iniciales. Se sostiene, incluso, si nosotros como analistas no tenemos una sólida teoría del valor que explique por qué A quiere ordenar sus preferencias en una dirección y B quiere ordenarlas en otra. En tanto sepamos que todos los A y B desean más, hay suficiente garantía para que el intercambio voluntario tenga lugar. *Ambas* partes están mejor de lo que estaban antes.



El robo surge cuando una persona toma algo sin el consentimiento de otra y sin ninguna intención de otorgar una compensación. Es, en el mejor de los casos, un juego de suma constante, porque lo que una parte gana, la otra necesariamente lo pierde. En verdad, los robos típicamente consumen riqueza, dados los recursos que se utilizan para obtener o bloquear estas transferencias forzadas. Aunque la transacción tiende a ser en beneficio del ladrón, no será beneficiosa para la víctima. El tamaño exacto de las ganancias y pérdidas no puede ser identificado haciendo la resta para cada transacción particular; pero, en general, hay buenas razones para creer que las ganancias privadas del ladrón serán menores que las pérdidas de la víctima. De hecho, en aquellos casos en los que el ladrón pueda hacer mejor uso del bien tomado, la transferencia de propiedad podría realizarse mediante una compraventa simple. La clave reside en la estructura de incentivos: si se permite la transacción, el ladrón necesita solo comparar sus altos costos de diseñar un robo con el valor que se deriva de él. No hay razón particular para tomar en cuenta el valor que el propietario (si ese término puede usarse aún) da al objeto. Si el costo de robar es diez, el valor para el ladrón es cincuenta y el valor para el propietario original es de cien, el ladrón decidirá que cincuenta menos diez ofrece una ganancia de cuarenta. Pero si las pérdidas del propietario se toman en consideración, entonces el valor social de la transacción ahora es los cien perdidos por el propietario, menos los cuarenta obtenidos por el ladrón, es decir, menos 60. El robo tiende a ser un juego de *suma negativa*. La conclusión no es universal, pues en algunos casos el valor para el ladrón podría ser mayor que para el propietario. Sin embargo, en estos casos, una compraventa voluntaria puede realizarse perfectamente.

Este patrón negativo del robo tiende a ser el dominante, pues si ocurrieran robos rutinarios que produjeran solo ganancias sistemáticas, nos veríamos obligados a explicar la uniforme condena que dicha práctica tiene en todas las sociedades. Si los robos ofrecieran ganancias netas en promedio, entonces la única preocupación sería la distribución de las ganancias y pérdidas de cualquier transacción individual. Pero, seguramente, no habría razón de incurrir en los costos de protección legal contra el ladrón, porque estaríamos en esa zona feliz en la que podríamos tanto reducir costos administrativos como mejorar los incentivos. En ausencia de un intercambio, el remedio apropiado para el robo sería no castigar sino invitar a la víctima a practicar el mismo arte para el bien de todos. Si uno gana en cada transacción entonces es bueno tener tantas transacciones como sea posible: ¡si solo la transferencia de riqueza tuviera las mismas consecuencias deseables que la creación de riqueza!

Hasta aquí he enfatizado cómo las normas legales simples e impersonales son suficientes para definir y organizar los mercados. Existe, sin embargo, un sentido en el que *sí importa* quiénes son A y B después de todo, aun en un mundo de intercambio voluntario. Si resulta que solo hay un A ubicado allí con una posición



monopólica,<sup>4</sup> mientras que hay muchísimos B que son casi perfectos sustitutos unos de otros, A estará en una posición excesivamente fuerte respecto de cualquier B, puesto que este no puede encontrar un A sustituto, mientras que A puede escoger dentro de un amplio campo de B más o menos idénticos.

Dada esta distribución inicial de roles, es instructivo tratar de pensar en cómo el patrón de intercambios evolucionará. Para hacerlo, es necesario saber la posición *de amenaza* de cada parte, esto es, lo que cada parte puede hacer para mejorar su juego actuando unilateralmente cuando no hay ninguna negociación por realizarse con alguna otra persona (el robo es tan dañino porque, sin restricciones, la posición de amenaza del ladrón es robarlo todo). Esa posición de amenaza será demasiado fuerte para A, que puede escoger entre una gama de varios B. Pero será débil para cada B, que tiene que negociar con A si quiere lograr un acuerdo. Podemos tener bastante seguridad de que en un mundo de un A y muchos B, A terminará con una gran parte de la ganancia que resulta de cualquier acuerdo A-B. La fuerza del sistema del *common law* y la debilidad de los sistemas centralizados de regulación se relacionan directamente a la proporción entre los A y los B en el mercado. El sistema descentralizado del *common law*, de «autonomía sobre uno mismo», ayuda a asegurar, tanto por selección natural como por migración, que muchos A y B operen en un mercado organizado. El *common law* no permite que ninguno diga: «solo yo puedo entrar en este sector del mercado»; «entrada libre a mercados abiertos» es un corolario necesario a las reglas básicas del *common law* referidas a la propiedad sobre uno mismo y al intercambio voluntario.

## MUCHOS Y UNO

Las implicancias institucionales del uso de estas reglas simples son claras e impactantes. Ningún gobierno, ni ningún grupo de individuos con privilegios o beneficios especiales, podrá evitar la entrada al mercado de otros por ninguno de sus extremos. A partir de este presupuesto, la condición de «único» de cualquier A o B se desvanece. Mucha gente, toda por elección propia, puede decidir desarrollar determinado papel social. En este sentido, todas las personas tienen una buena posición de amenaza frente al resto del mundo. Si no quieres hacer negocios conmigo, hay muchos otros en el mundo a los que tú puedes acudir (y yo también). En consecuencia, el inocente modelo de A y B es bastante fuerte si se cumplen dos supuestos: (1) muchos «jugadores» e (2) intercambios mutuamente beneficiosos.

---

<sup>4</sup> Se entiende por posición monopólica a aquella que coloca al proveedor de un bien como el único posible proveedor de dicho bien, necesario para uno o más individuos. El proveedor con posición monopólica tendrá incentivos para elevar el precio de aquel a niveles más altos que los que fijaría de tener un proveedor competidor. (Nota de los traductores)

Comenzando con este modesto modelo, la ley puede facilitar (no compeler sino facilitar) importantes interacciones productivas que se expandirán a lo largo del tiempo hasta abarcar a todos los individuos que posean la capacidad mínima para contratar. El sistema avanza con efectos positivos, pues los intercambios son mutuamente beneficiosos, puesto que —de otra manera— las partes no los celebrarían. No tenemos que saber *por qué* determinado intercambio será beneficioso para una persona en particular. Es suficiente saber que, dada la manifestación externa de consentimiento, este será el caso. El sistema legal puede prosperar a partir de intercambios voluntarios cuyo contenido no comprende totalmente. De otro modo, el riesgo es que cada transacción requerirá alguna demostración pública y formal de sus méritos intrínsecos para las partes como condición de su validez. En ese mundo, el resultado positivo es que el acuerdo se realice, pero solo luego de incurrir en algunos costos; lo negativo sería que las transacciones sean vetadas por agentes del gobierno que no entienden los costos y beneficios relevantes para el caso concreto y que, además, no tienen incentivos para presumir su existencia. Cualquier escenario es peor que aquel que impide el libre intercambio, por lo que el acuerdo supervisado puede dejarse de lado aun cuando, de manera optimista, creyéramos que las decisiones administrativas inteligentes desplazarán a las decisiones desinformadas. El conocimiento general detrás de los incentivos uniformes que mueven a las partes llevadas por intereses individuales es una guía más confiable sobre sus intereses que cualquier veto público sobre su acuerdo.

Sin embargo, dejando de lado el escepticismo, es posible referirnos a las formas de intercambio voluntario que deberían surgir con el tiempo, a saber, que habrá una clasificación por función: una especialización en el mercado. Para defender esa conclusión necesitamos una presuposición adicional, que es tanto crítica como acertada. Debemos asumir que, en diferentes ámbitos, existen diferencias naturales entre las personas. Desde los atributos más obvios, como en la altura, el peso y la inteligencia, hasta los menos obvios pero también importantes, como las actitudes, las habilidades y el gusto. No podemos saber exactamente cómo estos atributos se han distribuido, pero podemos decir, con total confianza, que las personas no se concentran en un único punto de la distribución: la gente no tiene talla ni peso idénticos, y lo mismo sucede con sus otros atributos, características y habilidades naturales. La biología y la sociología nos dan la seguridad de que algunas personas serán mejores en algunas cosas y que otras personas lo serán en otras cosas. Las dimensiones de estas diferencias pueden ser bastante sutiles e importantes, y algunas de ellas pueden escapar al analista externo mientras que son entendidas intuitivamente por las personas que se encuentran dentro de un particular segmento del mercado. Parece claro (dado el comportamiento de los apostadores profesionales y comerciantes) que algunas personas son mejores que otras para manejar el riesgo, mientras que otras pueden ser mejores ejecutando transacciones complejas. Los primeros podrían volverse comerciantes y los segundos, intermediarios; hecho que supondría que ambos operen en el mismo mercado financiero.

De forma similar, dentro de un acuerdo contractual, aquellas personas que son mejores soportando el riesgo podrían convertirse en propietarios y empleadores, mientras que aquellas que son menos capaces y desean enfrentar menos riesgos bien podrían estar contentas tomando un salario fijo y la mayor seguridad asociada con el estatus de empleado. Tampoco hay una razón por la que las relaciones laborales deban dividirse por líneas severas y rígidas. Es posible incorporar en los contratos laborales comisiones y bonos que reflejen un complejo sistema establecido para compartir el riesgo entre las partes. Las partes pueden mezclar y establecer el riesgo de acuerdo con lo que les satisfaga, mientras que el derecho de contratos continúa tratando a A y B como roles en vez de como personas específicas.

Mientras el proceso sigue su curso, hay una lenta transformación en la manera como el mundo opera. Empezamos con A y B aislados e indiferenciados, pero algunos A empiezan a asociarse y algunos B empiezan a asociarse. Algunas poderosas asimetrías de roles empiezan a surgir; con el tiempo podremos ver el variado mundo que observamos hoy, lleno de complejas organizaciones y empresarios individuales, tal como en la evolución vemos organismos de diferentes tamaños que llenan los muchos nichos disponibles en la naturaleza. En cada etapa, la complejidad social expuesta se alcanza por medio de un proceso de autodefinition, no de compulsión externa. Y cada transacción, cada eslabón de la cadena, es un juego de suma positiva para los participantes.

## LAS LIMITACIONES TRADICIONALES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL

La defensa de la libertad descansa en el postulado de las ganancias mutuas por medio del intercambio. La racionalidad de esta institución provee la pista esencial para su limitación. Cuando la negociación se realiza en circunstancias en las que la ganancia mutua no es el resultado probable, hay justificación suficiente para que la ley intervenga y deje la transacción de lado. Las transacciones nunca ocurrirán si ambas partes saben que perderán; consecuentemente, el mayor daño aparece cuando una de las partes de la negociación mejora su situación con un acuerdo que probablemente empeorará la situación de la otra parte.

Ese resultado gana/pierde es idéntico al generado por el robo. La tarea, entonces, es desechar aquellas transacciones que operen como una imposición unilateral de los deseos de una parte sobre la otra parte. La violencia física<sup>5</sup> es el caso paradigmático. Esta surge cuando A fuerza a B a celebrar un contrato bajo la amenaza de que le infligirá un daño físico si no lo hace. Cualquier intercambio forzado de esa forma dejará a B mejor de lo que estaba *antes* de que la amenaza fuera hecha, pero el patrón

---

<sup>5</sup> La expresión «violencia física» traduce la categoría «physical duress». (Nota de los traductores)



utilizado para medir la bondad social del intercambio es el bienestar de B *antes* de que A concretara la amenaza. A podría esperar ganar solo 10 unidades de bienestar. Pero sin la intervención legal, estará preparado a gastar 9 unidades de esfuerzo, así sean las pérdidas de B como 1 o como 100. Si fueran 1, entonces un intercambio ordinario sería fácil de organizar, porque B estaría de acuerdo en los términos de A. El robo tiende a ocurrir cuando las pérdidas de B son 100 en vez de 1. Y entonces la mayoría de esas transacciones ofrecen el mismo resultado de suma negativa que el robo. Hay muy poco costo social asociado a la prohibición del uso de violencia física, que se encuentra en todos los sistemas legales.

La violencia es difícilmente el único fundamento para dejar de lado los contratos. Ser menor de edad, encontrarse privado de discernimiento, encontrarse indebidamente influenciado,<sup>6</sup> haber sido engañado y/o inducido a error son razones universalmente reconocidas para rechazar la validez de los contratos o para revertir sus efectos cuando estos ya se han ejecutado. Permitir estas vías de escape de las obligaciones contractuales es totalmente consistente con la operación de los mercados como la entendemos y, asimismo, necesario para ella. Cada una filtra importantes subclases de acuerdos en los que el supuesto de ganancias mutuas del intercambio tiende a hacerse insostenible.

Los peligros de la minoría de edad y de la privación de discernimiento son fáciles de ver. Como un asunto general, las personas que trabajan bajo alguna forma importante de privación de discernimiento son incapaces de hacer las comparaciones necesarias para realizar intercambios provechosos, y esta incapacidad es conocida. Las personas con capacidad de discernimiento pueden fácilmente aprovecharse de los incapaces de discernir, entonces hay poca dificultad en prohibir transacciones que probablemente serán del tipo gana/pierde. Los casos de influencia indebida son más difícilmente clasificables. Estas transacciones usualmente involucran a personas cuyas capacidades están limitadas por enfermedad o edad avanzada o que tienen que participar en transacciones comerciales complejas que están fuera de su entendimiento normal, o ambas. ¿Tenderá B a beneficiarse de una negociación con A si este no recibe consejo independiente de un tercero cuya única lealtad sea a él?

Los riesgos de fraude o de cualquier error no están limitados a los privados de discernimiento, sino que pueden surgir en cualquier transacción. Si bienes que valen 10 dólares son presentados por un vendedor como si valieran 12 dólares, entonces el comprador que los compra a 11 dólares termina peor al haber hecho un intercambio con información falsa. El error bloquea la ganancia mutua, y eso tiende a ocurrir con mayor frecuencia cuando se hace un engaño. Los casos más difíciles de evaluar son

---

<sup>6</sup> La expresión «indebidamente influenciado» traduce la categoría «undue influence». (Nota de los traductores)

aquellos en los que cualquiera de las partes, o ambas, han cometido errores no inducidos por las otras partes, algunas veces cuando ninguna de las partes sabe la verdad. Se han propuesto varias soluciones para poner el riesgo en la parte con mejor posición de evitarlo, hecho que usualmente significa que la pérdida es asumida por la parte que comete el error, salvo que la otra parte sepa del error y aun así sostenga una oferta que es demasiado buena para ser verdad. Sin embargo, este asunto es realmente complicado y tiende a surgir solo esporádicamente, tanto en contextos laborales como comerciales ordinarios. Cualquier contrato típico es presa difícil de algún error desconocido y penetrante: las exigencias comerciales de claridad, corrección y estandarización son simplemente demasiado poderosas. Irónicamente, solo los firmes *oponentes* del *laissez faire* son lo suficientemente obtusos para afirmar que este principio de libertad es tan absoluto que este tipo de defensas están excluidas. Los defensores razonables del *laissez faire* reconocen que el poder del contrato vive y muere con la presuposición de ganancias mutuas para las partes individualmente interesadas en la que descansa, y define los tipos de defensa que reflejan esta posición.

#### EL CONTRAATAQUE SOBRE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

El debate central sobre la libertad contractual surge en tanto las preocupaciones sobre la violencia, el error y la privación de discernimiento pueden extenderse más allá de los casos de sus orígenes. El miedo de que exista privación de discernimiento en transacciones particulares conduce a una preocupación más sistemática por la explotación en todos los casos en que las partes tienen diferentes niveles de habilidad o talento. La violencia física se convierte en el abuso con el que se compara la violencia económica.<sup>7</sup> Y detrás de esta inquietud generalizada está la convicción de que determinadas transacciones deben prohibirse o limitarse porque buscan obtener beneficios a partir de cosas que no deberían intercambiarse en absoluto. Yo considero estos esfuerzos para expandir las limitaciones a la libertad contractual bajo tres categorías independientes: explotación, violencia económica y patrimonialización.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> La expresión «violencia económica» traduce la frase «economic duress». En el derecho de contratos del *common law*, se entiende por *economic duress* los casos en que, en la negociación contractual, una de las partes es considerada la víctima, pues realiza una elección que, aunque está de acuerdo con sus propios intereses, es la elección entre dos males. Por lo general, la dureza involucra la imposición de una promesa mediante amenaza. En la medida en que, por lo general, esto produce una redistribución de riqueza entre las partes, una de ellas espera ganar de una promesa obtenida bajo coerción y la otra, perder. Un compromiso obtenido en estas circunstancias no es legalmente exigible. (Nota de los traductores)

<sup>8</sup> La palabra «patrimonialización» traduce el término «commodification». (Nota de los traductores)

## Explotación

El primer ataque frontal contra el principio de libertad contractual busca generalizar los casos de privación de discernimiento más allá de los supuestos de los menores de edad y de los incapaces propiamente dichos. Aquellos limitados de dicha manera normalmente no trabajarán ni participarán en los mercados. Por el contrario, estarán, y deben estar, representados por sus guardianes naturales, como sus padres o por guardianes especiales designados, ya sea por la familia o por el Estado. Sin embargo, cualquier esfuerzo por asumir que los individuos comunes son incompetentes de manera similar está cargado de los peligros del totalitarismo. Los trabajadores que son competentes para participar en política y elecciones sindicales, para casarse y tener familia, para participar en asuntos públicos, no deben tomarse como incompetentes para negociar directamente con sus empleadores si así lo prefieren. Los individuos que tienen normalmente derecho a comprar y vender casas y negocios pueden también negociar libremente la renta con un propietario. En efecto, si los trabajadores y arrendadores son tan incompetentes, ¿por qué dejarlos participar en actividades y asuntos políticos que exigen de ellos abordar temas mucho más complejos que llenar un carrito en el supermercado? Así, los asuntos de la incompetencia son solamente tangenciales a la operación distendida de los mercados ordinarios.

Los ataques modernos a la libertad contractual tratan de resucitar la preocupación por la explotación de la incompetencia de una manera algo diferente, a saber, la de la posición o estatus de dominio. Los mercados de trabajo no son confiables porque el empleador tiene todas las cartas altas en la negociación, mientras que el trabajador no tiene ninguna. Se dice del empleador que tiene gran riqueza y malicia considerable. Se asume respecto de un trabajador aislado en el mercado de trabajo que no posee ninguna. Entonces, el contrato tendrá —dicen— un predecible e inexorable resultado. El empleador dicta los términos del contrato. Se entiende que alguna protección legal a los trabajadores es necesaria para revertir la desigualdad de poder de negociación y la explotación hecha por el empleador. Pueden formularse argumentos similares respecto de los mercados de arrendamiento de inmuebles o de productos de consumo masivo.

Para entender qué hay de malo en esta conocida posición, es importante separar dos concepciones diferentes que viajan bajo la misma bandera del poder de negociación. De un lado, el poder de mercado puede tomarse como un sinónimo de riqueza. Del otro, puede decirse que el poder de mercado es sinónimo de escasez de rivales en el mercado relevante. La primera concepción es errónea, debido a que la riqueza tiene sus problemas como sus ventajas. Si la otra parte es consciente de ella, podría conducir, por ejemplo, a la exigencia de mayores salarios cuando los trabajadores sepan que el empleador puede pagar más, o podrían conducir a menores salarios si los trabajadores



creen que la riqueza reduce la probabilidad de incumplimiento del empleador o de insolvencia.<sup>9</sup> Como principio, no hay una dirección obvia de los efectos de la riqueza en el comportamiento a la hora de negociar. Hay innumerables ejemplos de ejecutivos de grandes empresas que son captados para que asuman el papel de «directores de orquesta» en empresas rivales más pequeñas. El éxodo de los ejecutivos más talentosos de IBM que condujo a esta empresa a la crisis que atravesó en 1992 es solo un ejemplo de un fenómeno más amplio. El elemento clave para la explotación no es la riqueza sino la ausencia de rivales.

La discusión sobre la explotación puede ser abordada aun por otro experimento mental. Asumamos que un empleador perfectamente racional, que tiene el poder para dictar los términos de un contrato, busca ahora maximizar sus ganancias por medio de la contratación. Asumamos que un trabajador, pasible de ser explotado, tiene un ingreso relativamente menor. ¿Qué negociación es probable que ocurra? Si la teoría de explotación es correcta, el resultado debería dejar al trabajador peor que antes y al empleador mejor. Sin embargo, en tanto se requiere el consentimiento del trabajador, ¿por qué esperar que se produzca una explotación? El trabajador, por más mala que sea su posición, aún tiene la posibilidad (negada a un esclavo) de rechazar la oferta hecha y es esa acción unilateral la que le permitirá escapar de la explotación en cuestión. ¿Qué incentivo hay para que uno negocie y se coloque en una situación de mayor pobreza? Difícilmente importa que la riqueza de las dos partes sea tremendamente desigual antes de que la transacción comience. Si el intercambio es voluntario, ambos lados se beneficiarán ordinariamente de la transacción. La capacidad del trabajador de reservarse el derecho a dar su consentimiento constituye una fuerte barrera contra cualquier forma de explotación. Más aún, cualquier esfuerzo público por hacer que el trabajador obtenga una determinada parte de las ganancias no solo aumentará los costos de operación del sistema, sino que impedirá algunas transacciones beneficiosas que de otro modo se producirían. Nuevamente, incentivos inferiores a mayores costos administrativos.

El argumento sobre la explotación, ciertamente, no es el más fuerte cuando se toma en el lenguaje análogo de la desigualdad en el poder de negociación. Entonces, asumamos que un empleador puede «dictar» los términos de negociación en el mercado. ¿Cómo podríamos esperar que luciera el contrato? La respuesta es que el empleador nunca dejaría de aprovechar su ventaja. Si sucediera que el empleador pudiese dictar los términos, ¿por qué ofrecer un salario de diez cuando puede bajarlo a nueve?, ¿y por qué definirlo en nueve si puede bajarlo a ocho? La lógica del dictado no da al empleador ninguna razón para detenerse hasta que, sin piedad, haya utilizado hasta la última cuota

---

<sup>9</sup> La expresión «insolvencia» traduce la categoría «bankruptcy». (Nota de los traductores)

de su ventaja. Cuando el proceso se detenga, deberíamos ver a personas trabajando por sueldos de cero; sin embargo, eso no ocurre. Si las empresas pueden explotar a los trabajadores, entonces los vendedores pueden explotar a sus consumidores de forma tal que sea innecesario ofrecer descuentos en efectivo, posibilidad de cambio del producto y descuentos por volumen. Empecemos con estas presuposiciones frecuentemente repetidas, y no habrá equilibrio estable o discernible con los salarios, o incluso con los precios, en cualquier mercado relevante. Más allá de la teoría de la explotación, hemos observado por mucho tiempo salarios positivos para el trabajo y precios limitados para los bienes. Las ganancias de los trabajadores imponen una restricción presupuestal en sus compras de acuerdo con el sentido común. La idea de desigualdad de poder en la negociación, la idea de dictado, fracasa en la prueba más decisiva: no tiene ningún poder *descriptivo*.

¿Qué significa desigualdad de poder en la negociación? La intuición no está exenta de raíces económicas. En la práctica, hay una mejor manera de explicar qué escapa a las caracterizaciones «todo o nada» propias de la explicación común. Muchos contratos entre trabajadores y empleadores continuarán por un largo período de tiempo. En muchos casos, el empleador obtendrá alguna ventaja especial al negociar con un trabajador conocido y de su confianza. Por el mismo efecto, el trabajador ganará una ventaja al negociar con un empleador conocido y de su confianza. Aun cuando los contratos laborales pudieran resolverse a voluntad, estos no se resolverían como un asunto normal al terminar cada día de trabajo. El tema de la desigualdad de poder en la negociación responde a la pregunta: cuando hay ganancias especiales a partir del intercambio, esto es, ingresos supracompetitivos, que serán compartidos por dos individuos, ¿quién obtiene la «mejor tajada»? ¿el trabajador o el empleador? En esencia, es posible construir un índice de cero a cien, en el que cada punto representa un porcentaje de las ganancias capturadas por un lado. El poder de negociación es igual para ambos lados cuando cada lado obtiene la mitad de las ganancias. Si un lado puede obtener, digamos, sesenta por ciento, entonces tiene un dominio en la negociación en una ratio de tres a dos.

La pregunta importante es ¿qué porcentaje de las ganancias será capturado por cada parte? La respuesta corta es que nadie puede estar seguro de cómo se dividirán las ganancias. En efecto, el resultado podría variar de caso en caso. Más aún, no hay una razón teórica para creer que el empleador tiene una ventaja sistemática en capturar las ganancias, así como también podría ser a la inversa. Un empleador podría tener más que perder si un trabajador puede detener un proceso importante, de forma tal que el empleador podría ceder primero para evitar la posibilidad de una pérdida aun mayor. Nuevamente, un empleador tiene que negociar por medio de agentes, mientras que un trabajador, frecuentemente, negocia por su propia cuenta. Es una pregunta abierta la de si las habilidades de negociación de un agente profesional serán decisivas cuando



está administrando el dinero de otra persona y el trabajador está administrando su propio dinero. Así, un agente tiene que hacer ofertas a muchos trabajadores simultáneamente. El trabajador solo tiene que preocuparse por él mismo. Es bien sabido que cuando los empleadores hacen invitaciones a la renuncia estandarizadas para reducir la fuerza laboral, estas son frecuentemente aceptadas por los trabajadores que la empresa más quisiera mantener. Por ello, resulta simplemente muy difícil calcular la oferta para tomar en consideración las diferencias en las necesidades individuales.

Adivinar la ubicación actual de la ganancia en cualquier caso individual es virtualmente imposible, por lo que el asunto se mantiene reacio a cualquier estimación empírica. Pero aun con toda la duda, una cosa sí queda clara: podemos estar seguros de que cada parte obtiene al menos un ingreso competitivo, uno por el capital y otro por el trabajo. El tema de la desigualdad en el poder de negociación se dirige no al tema de *cómo* se divide el asado sino *solo* al tema de la división del *jugo* del asado. Contra la concepción popular, hay límites a la ventaja que tanto el empleador como el trabajador pueden obtener al exigir una ventaja de negociación. El trabajador se retirará si los salarios se reducen por debajo del nivel competitivo y el empleador despedirá al trabajador si los salarios absorben el íntegro de los ingresos del negocio. Nuevamente, los salarios iguales a cero y los precios infinitos son solo un cuento de hadas. Insistimos, para una comprensión de los mercados de trabajo es la segunda definición de poder de mercado —la de falta de rivales— la importante. Hay muchas fuerzas poderosas en estos mercados que determinan cómo serán los salarios.

Los paralelos existen en todos los demás lugares. Los mercados de vivienda son normalmente bastante «gruesos», debido a que todos —desde el dueño de un complejo de departamentos hasta el dueño de un terreno baldío— son arrendadores potenciales. El mercado abierto define así el marco para rentas competitivas; pero, aun contra este escenario, aparecen algunos elementos de poder monopólico. Cuando los contratos de arrendamiento expiran, la renegociación enfrenta a un solo dueño contra un solo arrendador. Típicamente, es el interés de los arrendadores y arrendatarios renovar con el fin de obtener las ganancias específicas del sucesivo acuerdo. La división precisa de las ganancias es difícil de determinar y, en algunos casos, la negociación fracasará. Sin embargo en los casos en que ocurra la renovación, es simplemente un error asumir que el arrendador ha obtenido la «mejor tajada» de las ganancias propias de la transacción. Los arrendatarios, ya sean individuales o comerciales, pueden ser habilidosos negociadores también. Si el arrendador sigue la usual estrategia de ofrecer un nuevo arrendamiento con el mismo porcentaje de aumento ofrecido a los potenciales nuevos arrendatarios, se ha evitado gran parte del problema. Hay poco que la intervención estatal pueda hacer para evitar las conocidas fricciones de la negociación y renovación contractual, pero algo que el gobierno nunca debe hacer es aumentar el tamaño de las ganancias en el juego de renegociación e impedir nuevos ingresos.



## Violencia económica

Otra forma de ataque en los mercados competitivos es aquella que busca extender la fuerza moral de la violencia física a los casos de violencia económica. Algunas formas de violencia económica efectivamente participan de la misma lógica que el uso de la fuerza. Supongamos que A y B han celebrado un contrato por el que A está obligado a realizar determinado trabajo para B, pero A se niega a pagar a menos que B pague un dinero adicional por el trabajo. Aquí, la amenaza de incumplimiento del primer contrato es el sustituto funcional del uso de la fuerza. En el caso más fácil, A simplemente exige una alteración del precio, hecho que conlleva que el contrato no sea beneficioso para B. Para contrarrestar esa amenaza, a B debe permitírsele ya sea prometer y luego rehusarse a efectuar el pago, o bien pagar y luego recobrar el exceso. De otro modo, la ley no protegerá la seguridad del intercambio. Aun así, el tema de la violencia económica en casos de renegociación puede ser inevitablemente complejo cuando no está claro cuál de las partes está incumpliendo. Así, supongamos que algunos pescadores son despachados a Alaska con la promesa de que se les pagará determinado dinero por la pesca. Si ellos no cumplen con el trabajo, toda la pesca estará perdida.<sup>10</sup> Si ellos insisten en una compensación adicional antes de pescar, parecería existir una forma de violencia económica, equivalente al común ejemplo de la lavandería que se rehúsa a devolver las prendas a su dueño a no ser que se le pague una tarifa adicional. Pero supongamos ahora que las redes provistas por el dueño del barco son inferiores a aquellas necesarias de acuerdo al contrato; ahora la respuesta de los pescadores parece ser un esfuerzo para balancear un error contractual hacia la otra dirección y no un mero esfuerzo para explotar una situación de monopolio bilateral en la que cada parte está obligada a negociar con la otra. Sin embargo, en algunos casos, ambas fuerzas podrían estar trabajando y ninguna regla, simple o compleja, es capaz de tratar con todo el rango de casos que exigen una corrección contractual parcial.

Sin embargo, es importante mantener esta forma de violencia en perspectiva, dado que el problema tiene antiguo linaje y es inevitable en muchas circunstancias de negocios. Cualquier decisión en relación con exigir a la empresa honrar su promesa tiene solo pequeñas consecuencias para la operación general de la economía. El punto crítico es que esta forma de violencia debe distinguirse claramente de un fenómeno diferente que tiene el mismo nombre. La violencia económica, si se refiere solamente a una negociación dura bajo condiciones de escasez, no pone a una parte en peor situación que antes luego de la interacción. La omnipresencia de la escasez (que es distinguible

---

<sup>10</sup> El caso es *Alaska Packers Association v. Domenico*, 117 F. 99 (novenno circuito, 1902). Para una discusión véase BAIRD, Douglas. «Self Interest in Cooperation in Long-Term Contracts». *Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1990, pp. 583-586.

de la más estrecha categoría de la necesidad en el *common law*) es una razón para expandir, y no limitar, el ámbito de la libertad contractual. Sin escasez, nadie se preocuparía de mejorar los incentivos y reducir los costos administrativos: ¿por qué preocuparse si siempre hay suficiente riqueza para subsistir? Mientras la práctica de la contratación expanda el uso de los recursos, ¿por qué incurrir en costos administrativos para corregir un conjunto imaginario de dificultades económicas? El tipo de transacciones que deben descartarse en base a la violencia económica es un conjunto vacío: otra regla categórica y simple.

Una vez que la amplia idea de violencia económica se deja a un lado, toda la defensa para términos mínimos obligatorios en contratos laborales se nos muestra como completamente mal conducida. Entonces, se hace imprudente para el Estado decir que determinado salario mínimo debe ser impuesto como un derecho; o que ciertas formas contractuales, tales como el contrato a voluntad, deban proscribirse; o que ciertos acuerdos organizacionales e institucionales, como la negociación colectiva obligatoria y los pactos de licencias por motivos familiares, deben imponerse como una cuestión indiscutible. Se hace también imposible condenar todo el sistema de acuerdos de mercado como inherentemente coercitivo. La regla simple es la de desecher todos las invocaciones de violencia económica, salvo en el limitado sentido antes señalado.

### Patrimonialización

Un tercer argumento contra la libertad contractual, formulado con mayor frecuencia en el contexto de los mercados laborales, se presenta frecuentemente en términos heroicos. Su más vívida expresión se encuentra en la Clayton Act de 1914, que declaró que «el trabajo de un ser humano no es un bien o un artículo de comercio».<sup>11</sup> Las fuerzas de la regulación han traído ese tema a colación en todas partes del mundo. El argumento es que el trabajo simplemente no es un artículo de comercio, no es un simple bien, para ser intercambiado como cualquier otro. Hay varias y serias dificultades en ese argumento, tanto descriptivas como normativas.

El primer punto es que, bajo la posición del *common law*, el trabajo se convierte en un bien o en un artículo de comercio solo si su propietario decide convertirlo en tal. Las personas están autorizadas, no obligadas, a vender su trabajo, tal como están autorizadas y no obligadas a vender sus casas. Las personas que prefieren quedarse en casa, criar a su familia, hacer trabajo voluntario, realizar sus pasatiempos o viajar, pueden hacerlo, mientras tengan los recursos para sostenerse. Ningún empleador potencial

---

<sup>11</sup> Clayton Act, capítulo 323, estatuto 38 730, 29, U.S.C. §§ 52 y 53 (1988).

puede obligar a una persona a tomar un trabajo. Los mercados ofrecen intercambio voluntario, no trabajo forzado.

Aun así, la mayor parte de los individuos desean y necesitan trabajar. Para ellos, si el trabajo no es un artículo de comercio, ¿entonces qué es? Una respuesta puede ser que el trabajo es «sagrado» —mantenido cuidadosamente fuera del curso del comercio—, tal como las instituciones religiosas. Sin embargo, aun los más resueltos defensores del trabajo organizado no encuentran utilidad a esa definición, que es ruinoso no solo para futuros empleadores sino para los hombres y mujeres trabajadores. Si el trabajo está fuera del ámbito del comercio, entonces no puede ser vendido en ningún término, incluso aquellos términos que dan a los trabajadores salarios mayores a los niveles competitivos. Calificar de sagrado al trabajo supone que el mismo no puede ser intercambiado en absoluto, para beneficio de nadie. En realidad, lo que se desea al invocar esta frase es un fin distinto: la monopolización de los mercados de trabajo a través de la negociación colectiva o acuerdos similares. Por ello, la Clayton Act estableció que los sindicatos no eran, desde el punto de vista legal, conspiraciones que restringen la competencia, como fueron considerados algunas veces antes de su promulgación.

La idea de poner el trabajo «más allá del comercio» desatiende el punto de lo deseable. Casi todos desean intercambiar trabajo; la única pregunta es cuáles son los términos en los que este será intercambiado. Es claro que el trabajo será intercambiado en diferentes términos de aquellos que se aplican a otro tipo de bienes, principalmente porque las personas desean vender sus servicios por hora, pero no quieren venderse en esclavitud, aun cuando esto fuera lícito. Al tratar bienes comunes, sin embargo, con casas y otros tipos de propiedad inmueble, una venta directa que transfiere la titularidad de un lado al otro es perfectamente apropiada. Uno no tiene que apoyarse en concepciones externas sobre qué es y qué no es un bien para el comercio para considerar que la gente, actuando en mercados ordinarios, generará tipos de intercambios de trabajo que tienen términos diferentes a aquellos que rigen los intercambios de bienes y de tierra. Efectivamente, la señal inequívoca de regulación disfuncional en los mercados de vivienda, por ejemplo, es la retórica sobre los bienes fundamentales y las necesidades básicas, tan importantes que su provisión debe ser garantizada o al menos regulada por el Estado.

Esta descripción de la ley sobre el rol del intercambio ha observado el tema del intercambio solo desde el ventajoso punto de vista de las ganancias y pérdidas de las partes. Su estructura básica ha sido una aproximación de dos pasos: primero, reconocer la lógica de la ganancia mutua por medio del intercambio y luego ver aquellas prácticas que conducen a formaciones contractuales que tienden a falsear el supuesto en algún caso particular. Un análisis completo del bienestar social a partir de los contratos privados no puede tomar en cuenta solo las ganancias y pérdidas de las partes de



una transacción; debe también considerar los efectos que este acuerdo tendrá sobre terceros. En este sentido, sin embargo, la libertad contractual es mejor entendida como un subconjunto de la libertad individual, que está también sujeta a limitaciones que toman en cuenta el bienestar de los terceros. Estas limitaciones externas sobre la libertad contractual constituyen una importante categoría que es mejor abordada en conexión con la cuarta regla simple, aquella sobre la protección contra la agresión externa por medio de la aplicación del derecho de la responsabilidad civil extracontractual.



## CAPÍTULO 5

# Responsabilidad civil extracontractual

ESTA CUARTA REGLA se refiere a cómo proteger las cosas que uno tiene. Esta regla constituye la base del derecho de la responsabilidad civil extracontractual. En su forma más cruda y simple, la estructura irreducible de este cuerpo normativo puede expresarse sucintamente como «no molestar». Estas dos palabras describen acertadamente el impulso histórico e intelectual de la mayor parte del *common law*: prevenir la invasión de las tierras, el robo, el homicidio, la violación y (por extensión) la violación de patentes y, ciertamente, la interferencia en las relaciones de intercambio entre las partes. Es asombroso cuánto, aun en esta época de alta sensibilidad al acoso sexual, puede aprenderse sobre la interacción con extraños recordando mantener las manos quietas. Ese precepto fue inculcado en nosotros cuando niños como una de esas simples homilías que hacen al mundo dar vueltas. Sin embargo, esa regla también sigue el profundo principio filosófico de respeto por la autonomía de los otros individuos. Esta regla permite a las personas usar (y usar productivamente) las cosas que les pertenecen sin que alguien pueda imponer su voluntad sobre ellos. Y cada uno tendrá la misma libertad relativa respecto de ellos.

Para ver por qué este régimen tiene sentido, solo es necesario repetir lo que afirmé anteriormente respecto de las reglas de autonomía y propiedad. ¿Preferiríamos vivir en un mundo en el que cada persona pudiera bloquear rutinariamente el uso que otros hacen de su propiedad o en uno en que cada persona pueda usar su propiedad como crea conveniente? No hay una respuesta universal o *a priori* para esa pregunta, pero hay que hacer una clara distinción entre los daños prohibidos y los daños permitidos. Evitar el uso de la fuerza generalmente funcionará en beneficio de todas las partes, mientras que el evitar la competencia —en sí misma una forma de daño a los competidores— tendrá las consecuencias contrarias. Es la diferencia entre un juego de suma negativa, en el que el monto total a distribuirse entre los jugadores se distribuye cuando fuerzas incontroladas destruyen los productos del trabajo humano, y un juego de suma positiva, en el que todos mejoran su posición por medio del intercambio.

Aun luego de que se ha establecido la norma básica de «no molestar», otros asuntos subsidiarios aún deben abordarse. Frecuentemente, responder a ellos presenta una



elección clara entre una regla simple y una alternativa más compleja. El objetivo primario del derecho de la responsabilidad civil extracontractual es permitir a las personas vivir en paz (si no en armonía) con todos. Este asegura los dominios independientes en que todos nosotros, individualmente, podemos vivir nuestras propias vidas como consideremos conveniente. Sin embargo, más allá de cuán razonable sea este objetivo, una pregunta subsidiaria es si todas las invasiones a la persona o a la propiedad de alguien más deben originar un derecho a una compensación.

Respecto a la causa intencional de daño, la conclusión es demasiado clara como para requerir una discusión extensa. Si rutinariamente se pueden infligir daños en forma intencional, las reglas de protección se expulsan del esquema y la autonomía y propiedad rápidamente colapsan. Sin duda, hay ocasiones en las que una persona tiene justificación para infligir un daño deliberado: la defensa propia y la acción disciplinaria encabezan la lista. No obstante, aun en esos casos, la conducta no debe exceder los límites de esa justificación. El uso de la fuerza en defensa propia no puede exceder sus objetivos de auto protección y, en una sociedad civilizada, aun podría obligarse a la parte inocente a renunciar a la autoprotección y confiar en los remedios inciertos provistos por el Derecho cuando el daño infligido está fuera de proporción respecto del beneficio obtenido: así, por ejemplo, no pueden usarse rifles ocultos, de los que se activan cuando alguien tropieza con algún cable, para defender solamente una propiedad, especialmente cuando la propiedad tiene un valor pequeño.<sup>1</sup>

## RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y RESPONSABILIDAD POR CULPA

Una cuestión más problemática surge respecto de los daños accidentales. Aquí no hay, ciertamente, ningún sentimiento a favor de una regla que retire a todos los casos de daño corporal o daño a la propiedad del ámbito de protección de la ley. Por el contrario, lo importante es determinar si la responsabilidad de un demandado deberá girar estrictamente en el hecho de la invasión física o si el demandado será responsable solo si el accidente pudo haberse evitado por medio del ejercicio de un cuidado razonable. Las intuiciones ordinarias sobre este tema están divididas irremediablemente, pues algunos dicen que quien sea que cause daño físico debe pagar por el daño causado, mientras que otros sostienen que ningún remedio legal es apropiado a menos que la conducta del demandado haya caído por debajo de algún estándar de cuidado socialmente determinado. En términos legales, este debate se entiende como el debate entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa. Ambos principios legales han tenido gran acogida a lo largo de los años y cada uno ha sido objeto de grandes críticas.

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, los célebres casos de *Bird v. Holbrook*, 130 Eng. Rep. 911 (C.P. 1825) y *Katko v. Briney*, 183, N.W. 2d 657 (Iowa, 1971).

¿Qué causa la imposibilidad de lograr consenso en un tema social tan recurrente? Una manera de entender dicha dificultad es observar que usualmente el juicio se realiza luego de los hechos, cuando es muy fácil escoger un principio general porque uno ya sabe cuál es su posición particular en una determinada disputa. Es mucho más difícil determinar sus compromisos sustantivos detrás del velo. Supongamos que usted no sabe si será la víctima o será quien inflige el daño en un futuro accidente, pero usted tiene igual posibilidad de asumir cualquiera de los dos papeles. ¿Qué regla de responsabilidad adoptaría? Esta pregunta trajo una respuesta enfática al ofrecer una elección entre la protección contra la causa de daño intencional o una contienda general en el que cualquiera podría usar la fuerza impunemente. Allí, el peso de la restricción está más que compensado por la seguridad que provee. En contraste, este mismo sistema de velo de ignorancia se expresa mucho menos claramente en la labor de compensar la subclase de los accidentes que no son evitables mediante el ejercicio de un cuidado razonable.

Para ver por qué, asumamos que vivimos en un mundo en el que los jueces y jurados pueden, sin costos ni errores, determinar si el demandado ejerció el nivel apropiado de cuidado. Posteriormente, asumamos que todos los individuos tienen la capacidad psicológica de hacer elecciones racionales; esto es, elecciones que satisfacen su interés individual en cualquier medio legal o social en que se encuentren. En este punto se hace virtualmente imposible para cualquiera hacer una elección inteligente entre las dos normas legales, vista tras un velo de ignorancia, a pesar de que esa persona esté motivada por la más aguda forma de interés individual o el nivel más alto de preocupación social.

Se requiere una explicación para este resultado que va en contra de la intuición. Primero, debemos definir la idea de cuidado «debido» o «razonable» en la responsabilidad por culpa. Por años, los jueces ingleses han hablado sobre el comportamiento del «hombre en el Ómnibus Clapham».<sup>2</sup> Sin embargo, esa no es una formulación que pueda trasladarse fuera de Inglaterra o aun fuera del sur de Londres. En la búsqueda de niveles más amplios y razonables de generalidad, los jueces se refirieron primero al comportamiento del hombre razonable y, más recientemente, a aquel de la persona razonable. Las instructivas de los jurados hablan comúnmente sobre riesgos no razonables creados, por supuesto, por la conducta no razonable del demandado. Pero esa formulación solo lleva la pregunta hasta otro nivel, sin resolverla. ¿Cómo sabemos qué hace o qué debe hacer la persona razonable?

---

<sup>2</sup> La expresión «hombre en el Ómnibus Clapham» es usada por la jurisprudencia inglesa para anticipar qué individuo se encuentra en probabilidad de prever el correcto estándar de cuidado. La expresión se origina en el nombre Clapham, que designa un respetable distrito de trabajadores ubicado al sur de Londres. El bus alude al medio masivo que estas diligentes personas usarían. (Nota de los traductores)

Responder a esta pregunta requiere frecuentemente algún refinamiento de los conceptos de peligro y precaución. Una manera posible de definir la culpa, que data al menos de los tiempos romanos, es decir que se incurre en ella cuando uno no tiene con los asuntos de otros el mismo cuidado que tiene con los propios. En un esfuerzo para hacer este examen más operativo, algunos han sugerido que la culpa supone la omisión de tomar precauciones comunes contra riesgos obvios, concepción en la que la fórmula exacta para alcanzar el equilibrio permanece sin especificar. Las variaciones históricas de la fórmula de la culpa son sutiles y múltiples; pero, en las discusiones modernas, la intuición detrás del examen se captura en una simple fórmula, articulada por primera vez por el juez Learned Hand.<sup>3</sup> Desde la Fórmula de Hand, el tema del debido cuidado depende del resultado de un análisis costo/beneficio que expresamente gira en torno a tres variables: la primera es la probabilidad de ocurrencia de un daño si no se toma una precaución, que denominamos «P»; la segunda es la magnitud anticipada de la pérdida si el daño efectivamente ocurre, que denominamos «L»; y la tercera es el costo de la precaución necesaria para evitar el daño en cuestión, que denominamos «B».

En este punto se hace posible formular el tema del debido cuidado de una manera que es consistente con las intuiciones ordinarias sobre el tema, aunque no compelida por ellas: si  $P \times L$  es menor que B, no vale la pena prevenir el accidente, porque las precauciones en cuestión cuestan más que lo que se ganaría tomándolas. Ciertamente, si nos alejamos del tema de la culpa y asumimos que una persona ordinaria debe preguntar si toma precauciones contra un daño infligido contra sí misma, un cálculo informal de este tipo es exactamente lo que esta persona desarrollaría, asumiendo (como parece correcto) que esta desea satisfacer su propio interés individual. Así, no es nada despreciable para el sistema legal hacerse una pregunta similar sobre los accidentes que involucran a dos o más personas. En efecto (para regresar a los supuestos iniciales), ahí donde los costos de determinar perfectamente el valor de estas tres variables son iguales a cero, el Derecho ha diseñado un filtro perfecto para manejar los casos de accidentes. Solo aquellos accidentes que debieron evitarse requieren compensación; los otros no la tendrán. Dado que la regla es universal, todos se beneficiarán de ella igualmente y, por ello, parece que el Derecho hubiera colapsado frente a una regla óptima, una que no puede ser superada.

No obstante, es una regla que puede igualarse. Supongamos ahora que la ley escoge descartar el sistema de culpa y declarar a todos los demandados responsables por todos

---

<sup>3</sup> United States v. Carroll Towing, 159 F2d 169 (segundo circuito, 1947). Para las principales defensas del sistema de la culpa, véase LANDES, William M, y Richard A. POSNER. *The Economic Structure of Tort Law*, 1987; y SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*, 1987. Para mi primera defensa de la responsabilidad objetiva, véase EPSTEIN, Richard A. «A Theory of Strict Liability». *Journal of Legal Studies*, vol. 2. 1973, p. 151.



los daños que han infligido. Esta posibilidad no implica que no ocurrirán accidentes debido a que todos los accidentes serán compensables. Subsiste el tema de la interacción de tres variables críticas: B, P y L. Más allá de que la ley ya no instruya a un jurado para que evalúe la desigualdad que constituyen estos tres términos, un demandado racional desarrollará esa pesquisa básica con (permítasenos nuevamente asumirlo) la misma perfección sin costo que el juez y los jurados anteriores. Más aún, una persona que hace los cálculos correctos preferirá pagar por esos accidentes que son demasiado caros para poder evitarse. Nuevamente, hay pocas razones para discutir el resultado, porque en realidad es el mismo que bajo el sistema de culpa: solo aquellos accidentes que deban evitarse serán evitados. La única diferencia es si los accidentes que no pudieron evitarse a un costo razonable serán compensados: con el sistema de responsabilidad objetiva, la respuesta es sí. Tal como en el sistema de culpa, bajo el sistema de responsabilidad objetiva no existen desviaciones entre qué precauciones se hubiesen tomado si la misma persona hubiera sido tanto el que daña como la víctima. Todos gozarán, a fin de cuentas, del mismo nivel de riqueza y bienestar bajo una regla o la otra. Y a menos que el pago de la compensación se entienda como un fin en sí mismo, recordemos que un seguro de primera persona<sup>4</sup> contra una gran gama de daños y riesgos está siempre disponible para satisfacer cualquier imperiosa necesidad financiera de la parte dañada. Ambas reglas son, entonces, óptimas; este es el motivo por el que es tan difícil para los comunes mortales usar su intuición para elegir entre ellas y por el que los estudiantes de derecho de primer año, generalmente, no están familiarizados con la distinción al comienzo de sus estudios.

Hasta ese punto la equivalencia de resultados entre los dos sistemas depende de que formemos los juicios detrás del velo de ignorancia en un mundo en el que el estándar de costo/beneficio del sistema de culpa pueda definirse perfectamente y aplicarse sin esfuerzo. Sin embargo, sabemos claramente que estas suposiciones son necesariamente falsas. Si el sistema de culpa fuera tan preciso como he asumido, ningún accidente generaría nunca ninguna responsabilidad, porque el demandante racional siempre habría minimizado sus costos tomando todas las precauciones eficientes en cuanto a su costo. De hecho, los casos de culpa son frecuentes y una parte importante de ellos depende de las dificultades psicológicas e informativas que tornan problemáticos mis austeros, por no decir esperanzados, supuestos iniciales. Sin embargo, una vez que flexibilice estos fuertes supuestos, la elección entre las dos reglas dependerá de un tema comúnmente ajeno a las intuiciones ordinarias: qué debe hacerse cuando intercambio mis imprudentes supuestos propios de un mundo perfecto por un ambiente más realista, en el que recabar e interpretar información es difícil en cada etapa del proceso para los actores individuales, los jueces y los jurados.

---

<sup>4</sup> La expresión «seguro de primera persona» traduce la frase «first-party insurance». (Nota de los traductores)

En este punto es posible revertir la interacción central heurística que define la defensa de las reglas simples: hacer una distinción siempre consume recursos administrativos y, por ello, esta debe estar justificada por alguna mejora en los efectos de incentivos generales. Aquí costará mucho más operar el sistema de la culpa que un régimen de responsabilidad objetiva: recabar e interpretar información sobre las tres variables críticas tiende a ser un ejercicio de frustración. Las probabilidades son normalmente mejor estimadas sobre una serie de eventos similares recurrentes, y muchos accidentes tendrán (o al menos podrían tener) algunos elementos diferentes, que exigen al jurado confiar en meras corazonadas, su experiencia común y el sofisticado testimonio de expertos, que nunca resulta módico. De forma similar, determinar la indemnización por daños nunca puede hacerse consultando la lista de precios de un supermercado, porque la tarea exige un conocimiento detallado del efecto acumulado de los placeres de la vida ahora negados, los gastos médicos y las ganancias perdidas, no solo en el caso tal como ocurrió sino cómo podría haber sido anticipado cuando el demandado tomó la decisión de actuar. Finalmente, los costos de la precaución no tomada son enterrados frecuentemente en un conjunto de decisiones más complejo: una precaución podría haber reducido algunos accidentes, pero aumentado la probabilidad de ocurrencia de otros accidentes; otra precaución podría haber sido más desagradable de soportar, pero más efectiva de operar. El sistema de culpa exige que todos estos cálculos se hagan en el ámbito público, ¿y con qué objeto, si los incentivos para una conducta segura son, como sabemos, tan buenos en el sistema de responsabilidad objetiva como en el sistema de culpa?

Podría oponerse a este argumento que el sistema de culpa ofrece una ventaja administrativa sobre el sistema alternativo de responsabilidad objetiva; a saber, reduce el número de disputas legales que efectivamente requieren adjudicación, desterrando del sistema legal los casos sobre accidentes inevitables. Pero este supuesto filtro tiende a ser muy poroso en casos que involucran extraños, porque —cada vez que hay un accidente— será posible, después de ocurridos los hechos, afirmar que algo estuvo mal hecho. Debido a que el cálculo está frecuentemente en el filo de la navaja ( $P=0,01$ ,  $L=1.000$  dólares,  $B=11$  dólares, no hay culpa;  $P=0,01$ ,  $L=1.000$  dólares,  $B=9$  dólares, hay culpa) habrá muy pocos casos lo suficientemente claros para que el filtro funcione. El nivel de complejidad por caso predomina sobre cualquier otro efecto particular que el sistema de culpa pueda tener.

Puede aprenderse una lección importante de este ejercicio. Los esfuerzos para refinar y aplicar fuertes intuiciones morales frecuentemente conducen a preguntas con un distinto matiz económico, en las que el enfoque consiste en hacer el cálculo de costo/beneficio correcto. No obstante, esta aquiescencia implícita en el pensamiento costo/beneficio no exige hacer un análisis costo/beneficio como parte y parcela de las normas legales. Muy por el contrario, alcanzar el resultado social eficiente frecuentemente exige que las normas legales eviten *de manera consciente* hacer una referencia explícita



al análisis costo/beneficio. En vez de ello, las normas deben medir lo malo o bueno en la conducta por el *resultado* (A golpeó a B o no; tiene A o B el derecho de cruce preferente en una intersección) y dejar a las partes determinar cómo maximizar su propio bienestar dentro de las limitaciones legales establecidas al respecto. Las normas que obligan a las personas a tratar a los extraños como se tratan ellos mismos (como la regla de responsabilidad objetiva) serán usualmente muy superiores a las normas legales más refinadas que buscan, en un foro público, recrear o evaluar los tipos de decisiones que los actores racionales hicieron, o debieron hacer, antes del hecho. Los interminables refinamientos de la ley de la culpa aportan muy poco a la calidad de las decisiones hechas por el sistema legal. Hay aquí otro ejemplo en el que lo que es simple es siempre mejor.

### DAÑOS CAUSADOS CONJUNTAMENTE

Hasta aquí he considerado solo aquellos accidentes en los que una persona ha infligido daño sobre un extraño. Implícita en esa discusión está la suposición de que solo una persona causó o pudo haber evitado el daño en cuestión. Sin embargo, algunos de los problemas más preocupantes de los daños a extraños involucran temas de causa conjunta, en los que la conducta de dos o más partes es en alguna medida responsable del daño producido (el mismo tema surge en el Derecho de Contratos cuando ambas partes incumplen). En un sistema de responsabilidad objetiva, podría bien ser que A y B golpearon a otro, de forma tal que no podamos decir que una parte se movió y la otra no. O, dentro de un sistema de culpa, podría haber sucedido que ambos lados dejaron de tomar precauciones que, individual o conjuntamente, podrían haber evitado el daño en cuestión. ¿Cómo deberían ser resueltos aquellos casos de responsabilidad conjunta?

Empecemos con el caso común en el que las dos partes responsables de los daños son el demandante y el demandado. Una solución, muy favorecida por los antiguos jueces del *common law*, y emparentada a un sistema de culpa, era usar la culpa del demandante como excusa para la culpa del demandado. La regla tiene una simplicidad obvia. Puede ser defendida en la medida en que evita el gasto en muchas demandas y se balancea en el delicado tema de la adjudicación de daños, que debería ser abordado de otra manera. No obstante, para la intuición común, este resultado parece injusto, y para aquellos de pensamiento más orientado a la economía parece arbitrario e ineficiente también. ¿Por qué la responsabilidad legal por mala conducta debería depender del azar de quién fue dañado en una choque frontal de autos? ¿Y por qué el sistema legal debería imponer incentivos en los demandantes mientras que da un pase libre a los demandados? Solamente sentimientos de este tipo han conducido a la mayoría de comentaristas y jueces a adoptar algún sistema para asignar



proporcionalmente los costos en casos de responsabilidad conjunta sin importar cómo se defina la responsabilidad.

Sin embargo, el tema de la asignación de costos únicamente conduce a una pregunta posterior: ¿asignación en concordancia con qué principios? Bajo la bandera de la culpa comparativa, los casos y comentarios modernos han optado todos por el refinamiento. Tratemos de imaginar el porcentaje de responsabilidad de 0 a 100 en cada caso. En apariencia es una pregunta simple. De hecho, las instructivas de los jurados usualmente no establecen más que el mandato de que el costo del daño al demandado debe asignarse en proporción a la culpa de las partes. No obstante, este es otro caso en el que lo corto no es lo simple, porque trabajar los detalles implicará un juicio extenso sin ninguna norma clara para guiar su conducta. En algunos casos, la pregunta podría enfocarse en una comparación de los aportes causales de las dos partes. Si el uso de la fuerza es la fuente de responsabilidad, el mayor uso de la fuerza causará mayor responsabilidad. En otros casos, el enfoque es medir el nivel de distanciamiento del estándar de cuidado aplicable. Si las desviaciones grandes implican más culpa que las pequeñas, el Derecho debería asignar responsabilidad en las mismas proporciones. En un mundo de información confiable, tomar estos exóticos requerimientos podría ser fructífero. En efecto, si uno pudiera medir exactamente el porcentaje de desviación del estándar de cuidado aplicable, sería posible hacer una asignación de responsabilidad perfecta. Sin embargo, en el áspero mundo de la administración de justicia, estas rigurosas fórmulas analíticas se neutralizan por la absoluta incapacidad de proveer la información necesaria.

Aquí nuevamente las dos partes de la cuestión básica ofrecen un sugestivo resultado: *divide entre dos*. Una vez que está establecido que las dos partes son responsables por el daño, entonces divide las pérdidas en partes iguales. Esta regla no tiene ni sutileza ni refinamiento, pero satisface el ideal de la asignación de responsabilidad y es mucho más fácil de administrar que las alternativas comunes. Cualquier precisión mayor podría justificarse si trajera con ella alguna ganancia clara en los incentivos que produzca, pero cada esfuerzo para imponer mayor responsabilidad sobre los demandados solo elimina proporcionalmente los incentivos que el demandante tiene para observar un buen comportamiento. Es imposible saber si un cambio en el resultado legal mejora o reduce los resultados generales, aun cuando asumamos que las partes pueden establecer su conducta con conocimiento del curso preciso del daño que está aún por ocurrir. Luego del hecho, las personas construirán argumentos elaborados para poner la culpa en el otro, pero en la mayoría de casos el resultado es que sus esfuerzos se neutralizarán mutuamente, de forma que la asignación de responsabilidad estará cerca de la marca del 50 por ciento para cada parte. Siendo eso así, los esfuerzos adicionales traen solo una pequeña variación de la regla automática de repartición equitativa. Entonces, la discusión entera difícilmente vale la pena, aun cuando se apele ocasionalmente a una decisión que muestre un cambio

radical en la responsabilidad.<sup>5</sup> Más aún, para los choques automovilísticos rutinarios en los que ambas partes están en violación de las reglas de tránsito, una división equitativa de las pérdidas evita el recurrir a sofisticadas fórmulas cuyos costos exceden sus beneficios.

Algunas veces es posible introducir modificaciones limitadas a la regla básica. Entonces, en un tema frecuentemente litigado, el asunto es cómo adjudicar la falta cuando la sola mala conducta del demandante es no ponerse el cinturón de seguridad. En este contexto, la solución del 50 por ciento parece demasiado dura para los demandantes, tal vez solo debido a que la mayoría del daño total podría haber ocurrido así el cinturón haya estado puesto o no. Sin embargo, no se sigue de allí que debamos abandonar el ideal de determinaciones aplicables *a la mayoría de los casos* simplemente porque la regla del 50/50 está fuera de fase. Los casos de cinturón de seguridad son bastante comunes y bien podría ser que una reducción rutinaria del 25 por ciento del total de daños se aproxime mejor a la justicia en esta importante y bien definida subclase de casos.

Pero dejando esos casos de lado, lo más frecuente es que la regla de división en partes iguales funcione bien en el confuso conjunto de casos de accidentes causados conjuntamente. Una impactante confirmación de la bondad de este enfoque puede apreciarse en el Derecho Marítimo, que adjudicó responsabilidad por pérdidas en un caso de colisión en el mar bajo la regla de los daños divididos hacia 1975, cuando la Corte Suprema desplazó las viejas reglas adoptando una de negligencia comparativa pura en el caso Estados Unidos contra Reliable Transfer Co. Inc.<sup>6</sup> Los hechos de este caso muestran la dificultad de hacer esos juicios comparativos. En él, la falta del guardacostas consistió en no mantener una iluminación adecuada en un estrecho peligroso. La falta del capitán fue la ingenua decisión de intentar pasar a otro barco durante la tormenta, cuando sabía que el faro no funcionaba. La corte consideró que 75 por ciento de la culpa residía en el capitán, debido a su imprudencia al definir el curso del barco. Sin embargo, su decisión se tomó bajo condiciones de gran incertidumbre, mientras que el guardacostas pudo haber eliminado todo el subsecuente riesgo e incertidumbre (mediante el fácil cumplimiento de una norma simple y poco polémica). La culpa de ambas partes fue necesaria para el accidente y el cuidado de cualquiera de ellas lo hubiera evitado. ¿Cómo calcula uno entonces esta ratio o cómo lo defiende si se discute en otra corte? La Corte Suprema encontró que la división en porcentajes 75/25 entre el capitán y el guardacostas era apropiada; pero, aun cuando este caso se haya resuelto correctamente, ¿en cuántos otros casos podría hacerse este pedido de

---

<sup>5</sup> Véase *E.G. Wassell v. Adams*, 865 F.2d. 849 (séptimo circuito, 1989). El juez Posner sostiene una división 97/3 en contra del sufrido pedido del demandante.

<sup>6</sup> Véase *United States v. Reliable Transfer Co., Inc.*, 421 U.S. 397 (1975).



división acertada? (parece altamente probable que la Corte estaba buscando un conjunto limpio de hechos para descartar la vieja regla).

La antigua práctica marítima es de especial peso porque surgió en una comunidad muy integrada en la que todos los jugadores —todos los profesionales— estaban necesariamente colocados detrás del velo de la ignorancia, porque, cuando se anunció la regla, ellos no podían decir si era de su interés en algún caso particular. El uso de esta práctica consuetudinaria reflejaba así un consenso industrial tal, que más refinamiento en la asignación de costos por daños haría poco para evitar los accidentes y mucho para complicar la administración de la ley. Es difícilmente una fuente de *comfort* el que se haya abandonado la regla no debido a una insatisfacción general respecto de ella por parte de la comunidad marítima sino por la desaprobación de su áspera naturaleza por parte de los jueces, que la ven desde fuera. Nuevamente, se permite a la búsqueda de justicia perfecta interrumpir la búsqueda de normas legales menos sutiles pero más contundentes.

El principio de igual división, entonces, solventa la mejor respuesta legal para el problema de responsabilidad conjunta. Una ventaja adicional de este enfoque es que permite la fácil generalización de aún más complejas situaciones en las que tres o más personas son responsables por el daño: responsabilidad a prorrata. Si tres demandados han dañado a un demandante inocente y son todos solventes, entonces divide la pérdida entre tres. Si el demandado ha cometido también una falta, divide la pérdida entre cuatro y permite la recuperación de tres cuartos de la pérdida. Los asuntos se hacen más difíciles cuando uno de los demandados es insolvente, pero aquí también una respuesta simple parece funcionar bien: divide la pérdida atribuible a las partes insolventes a prorrata entre las demás. La regla de división igualitaria se convierte, mediante algunos pasos fáciles, en una regla de asignación proporcional: otra regla simple para un mundo complejo.

## EXTRAÑOS Y COMERCIANTES

En esta discusión sobre el Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual me he enfocado hasta el momento en los daños infligidos a extraños. Un elemento impactante del Derecho moderno es que la interacción con extraños constituye ahora una porción mucho más pequeña del total de casos de lo que era en tiempos anteriores. Los casos de negligencia médica y de responsabilidad por productos defectuosos, por ejemplo, surgen a partir de situaciones contractuales. En este punto podría pensarse que las reglas simples de daños señaladas anteriormente salvarían la situación en casos ordinarios: después de todo, ¿por qué algo que tiene sentido entre extraños no tendría sentido entre socios comerciales? Sin embargo, la correspondencia está lejos de ser perfecta: algunas veces la reglas de asignación de responsabilidad emulan las



reglas de responsabilidad objetiva (como en las garantías para el reemplazo de productos defectuosos) y algunas veces emulan a las reglas del sistema de culpa (como en las leyes de la negligencia médica).

¿Cuál debe ser, entonces, la respuesta legal al daño personal o la propiedad que está implícita en alguna forma de arreglo consensual? El problema se ha tornado importante y surge siempre que el tratamiento médico resulta en daños médicos, o cuando un visitante resbala en un piso mojado, o cuando los bienes se pierden o se dañan durante el transporte. Nuevamente, las reglas simples son útiles para navegar en un mundo complejo. En primer lugar, consideremos los ámbitos relevantes del Derecho de Contratos y de la Responsabilidad Civil Extracontractual. Entre las partes, el contrato debe primar sobre los daños y las decisiones privadas deben primar sobre los mandatos públicos. Sin embargo, la tendencia moderna es la contraria: los daños priman sobre los contratos y la coerción prima sobre el consenso. Así, expandir el alcance de las normas positivas viola la regla más simple de todas —«salvo pacto en contrario»— e invita a las cortes a diseñar regímenes legales para las partes, que estas nunca hubieran establecido para ellas mismas. No obstante, es mucho más inteligente de parte de las cortes seguir un curso de acción más modesto: hacer cumplir los acuerdos en lugar de declararlos nulos.<sup>7</sup> Las partes privadas tienen mejor información sobre los costos y beneficios relevantes aunque no puedan expresar sus razones con la convicción de un profesor experimentado. En numerosas transacciones, tienen fuertes incentivos para alcanzar el resultado correcto, aunque sea solo mediante intentos y errores. Si adoptan una regla contractual que alcanza ese resultado, entonces pueden hacer que las dos partes estén mejor modificando el precio, incrementándolo o disminuyéndolo, a favor de la parte a la que se le pide asumir la mayor parte del riesgo. Por ello, es un error observar en forma aislada los términos que regulan la asignación del riesgo y asumir que si estos no están balanceados el acuerdo es «sospechoso».

Segundo, al buscar minimizar los costos generados por destrucción o accidentes, las partes toman, normalmente, una hoja del análisis de daños básico de interacción entre extraños. Sus preocupaciones económicas explícitas *nunca* conducen a la adopción voluntaria de una fórmula costo/beneficio explícita que siga la línea de la famosa fórmula de Learned Hand, cuyas debilidades transaccionales he discutido antes. Muy por el contrario, hacen un esfuerzo sistemático para evitar los problemas de información de este enfoque. Consideremos los siguientes ejemplos.

En los casos que involucran garantías por productos defectuosos, las provisiones contractuales estándar son las de responsabilidad objetiva, pero sujetas a limitaciones explícitas de la extensión de esa responsabilidad: se paga daños preestablecidos o, más frecuentemente, el vendedor asume la obligación de reparar o reemplazar el bien en

---

<sup>7</sup> La expresión «declararlos nulos» traduce el término «override». (Nota de los traductores)

cuestión, mientras este haya sido dañado mediante su uso ordinario. La última parte de la fórmula es importante para controlar la conducta del comprador (tal como en los casos que involucran extraños). La primera parte de la fórmula permite la liquidación de la responsabilidad (esto es, reduce la responsabilidad a una figura preestablecida o fórmula fácilmente aplicable), mientras que otorga confianza al comprador del producto respecto de que los bienes en cuestión satisfarán las garantías establecidas. Aquí la responsabilidad es estricta, porque la ratio de productos defectuosos sobre bienes fabricados es muy baja, y la probabilidad de correlación entre la negligencia del vendedor y el daño es usualmente muy alta. En la mayoría de los casos, esta simple regla hace un trabajo tan bueno en regular los asuntos conjuntos de las partes como lo hace cualquier otra.

Cuando el contexto cambia a los daños personales causados por negligencia médica, sin embargo, encontramos que no hay acuerdos privados que adopten una regla de responsabilidad objetiva. Más bien, los principios de la culpa dominan virtualmente toda discusión sobre el tema, pero no se trata de la fórmula de Hand. Es la negligencia estándar, que pregunta si la práctica del demandado se efectuó de manera acorde con la costumbre de la profesión o alguna parte significativa de ella.<sup>8</sup> El uso de esta fórmula estándar, que continúa dominando los casos actuales, no representa un punto ciego en el pensamiento de los jueces. Por el contrario, su encomiable limitación descansa en un conjunto de consideraciones que hacen de esta regla, en relación con sus alternativas, una regla eficiente para distribuir pérdidas.

El estándar de los usos comerciales califica bien contra los dos extremos de la gran interacción. Sus costos administrativos, en relación con una ilimitada inquisición costo/beneficio, son bajos porque los expertos en el tema pueden dar voz a los estándares relevantes. Además, incentiva a los médicos a tomar casos difíciles porque saben que serán juzgados de acuerdo con estándares alcanzables. Tampoco hay una razón para temer que el estándar acostumbrado perjudique las iniciativas para la investigación médica. Los descubrimientos en la tecnología y el tratamiento de enfermedades necesitan impulso y no falta de incentivos. Ellos nacen de los esfuerzos por crear nuevas técnicas para responder a las exigencias de mejores resultados y menores riesgos tanto de pacientes como de médicos, no por la expectativa de eliminar la responsabilidad por un infortunado mal paso. El desarrollo profesional, el reconocimiento público, los ingresos financieros, y la satisfacción y curiosidad personales son lo que impulsa la innovación y la investigación. La función apropiada del sistema de responsabilidad civil es controlar los errores que pueden evitarse bajo la tecnología existente, y esa función se encontraría comprometida si se le asigna algún papel más ambicioso.

---

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, *Jones v. Childester*, 610 A 2d. 964 (Pensilvania, 1992).



A pesar de todo, siempre el estándar ha sido atacado principalmente sobre la base, en palabras de Learned Hand, de que «una decisión tal podría haber retardado indebidamente la adopción de dispositivos nuevos y disponibles», sin ninguna explicación de por qué tendría algún incentivo para hacerlo o, por cierto, ningún ejemplo contundente de que lo hacía.<sup>9</sup> Tampoco es fácil sobrellevar este vacío, sea real o imaginario. El sistema legal que trate de construir su propio análisis costo/beneficio sería (y ocasionalmente ha sido) presa de miles de trampas tanto para el jurado como para el juez. El caso más famoso en el que una corte buscó desatender el estándar involucró la simple pregunta de si era prudente hacer un examen de glaucoma a pacientes menores de 40 años que no presentaran síntomas de ella.<sup>10</sup> El análisis costo/beneficio propio de la corte se llenó de presuposiciones dudosas sobre la severidad anticipada del daño; olvidó corregir los datos de frecuencia relativa al omitir los casos de personas con síntomas; no consideró la alta tasa de falsos positivos en los procedimientos del examen y el costo de futuros exámenes; y asumió que el examen estaba libre de riesgos en su aplicación, bajo la suposición de que siempre sería debidamente ejecutado. Su propio análisis costo/beneficio era inferior a aquel generado por el estándar médico de costumbre. Es suficientemente difícil tomar decisiones médicas con fines de tratamiento. Es prácticamente imposible hacerlas con fines de litigio, pues ningún conjunto de decisiones grande y complicado será invulnerable al ataque legal luego de ocurrido un daño. El estándar de costumbre puede no tener el rigor ostensible de un análisis costo/beneficio, pero es mucho menos costoso de aplicar y menos apto para el mal manejo o el abuso.

Sin embargo, invocar la costumbre no es la única manera de evitar las dificultades en un análisis costo/beneficio. También es posible revertir la regla de responsabilidad objetiva de pagar por todos los daños causados, pero la responsabilidad objetiva no funcionará aquí, aunque funcione en otros contextos. En forma simple, el éxito de la regla depende en gran medida de la presuposición de que la mayoría de accidentes entre extraños y la mayoría de casos de productos defectuosos son evitables si se ejerce un cuidado razonable. Si el supuesto fuese otro, las cargas administrativas de la regla amplia de responsabilidad objetiva se verían dramáticamente incrementadas por el gran número de casos que llegarían al sistema, dado que no habría podido hacerse nada razonable para alterar el resultado. El argumento ofrecido anteriormente era,

---

<sup>9</sup> El caso *T. J. Hooper*, 60 F 2d. 737 (segundo circuito, 1932). Este caso involucraba la ostensible omisión en la que incurría la industria de correos al no usar radios. No obstante, parece claro que Hand entendió erróneamente la naturaleza de los usos comerciales. Véase EPSTEIN, Richard A. «The Path to the T.J. Hooper: The Theory and History of Custom in the Law of Tort». *Journal of Legal Studies*, vol. 21, 1992, p. 1.

<sup>10</sup> Véase *Helling v. Carey*, 519 P. 2d 981 (Washington, 1974).



simplemente, el de que, en los casos que involucren extraños, los principios de la culpa deberían ser rechazados porque dejan muy pocos casos fuera del sistema mientras que imponen altos costos administrativos en el gran número de casos que quedan dentro del mismo.

El equilibrio de lo conveniente, sin embargo, cambia radicalmente en el contexto de la mala práctica médica. Aquí sabemos (de la experiencia común claro, pero lo sabemos) que aun tomando todas las precauciones posibles habrá consecuencias adversas de las cirugías riesgosas o de la medicación agresiva. En efecto, los mejores cirujanos tendrán las tasas más altas de fracaso porque tratan los casos más difíciles. En este ambiente, son manifiestas las desventajas de la regla de responsabilidad objetiva: muchísimos casos llegan al sistema y todos ellos requieren una pesquisa causal que busca dividir la responsabilidad del daño médico entre la condición clínica subyacente y el tratamiento médico. Las cargas administrativas son altas y las mejoras en los incentivos están totalmente ausentes, y probablemente sean negativas si los mejores doctores están tan acosados con litigios que se niegan a manejar determinado tipo de casos (como aquellos en que ya ha fallado) o abandonan completamente ciertas áreas de especialización.

La costumbre médica funciona como las condiciones limítrofes que pueden observarse en los casos de invasiones. Aquellos daños que resulten en el cumplimiento de la práctica son asumidos por el paciente; aquellos que ocurran por un incumplimiento de la práctica son asumidos por el médico. Esa simple regla no es tan simple como suena, pero es mucho más simple que cualquier análisis costo/beneficio abierto, porque en principio ofrece una respuesta clara y radical que satisface las necesidades del sistema de daños, que tiene también que hacer decisiones radicales. Así, el estándar de la costumbre arrastra muchos menos casos hacia el extremo de lo que hace un análisis costo/beneficio ordinario. Los dos factores —costos administrativos y efectos de incentivos— que apuntan a una regla de responsabilidad objetiva en el contexto de casos que involucran a extraños conducen al estándar de cuidado acostumbrado en los casos médicos. Una sola teoría es capaz de explicar las discontinuidades cruciales a las normas que regulan los daños personales.

Una digresión corta: ¿por qué las crisis recurrentes en las malas prácticas médicas? ¿Y por qué un conjunto de costos estimados en alrededor de 2 a 3 por ciento del total del gasto en salud, mucho más grande que los costos comparables en cualquier otra sociedad industrial? Una parte de la explicación yace en la sutil erosión del estándar de cuidado acostumbrado. Las costumbres se han forjado en un ambiente en el que la medicina defensiva ha sido la norma social implícita. Mientras que algunos médicos tengan un miedo genuino a la responsabilidad, pueden elevar sus propios estándares internos para responder a su elevada percepción del riesgo; pero, una vez que lo hacen, su nuevo estándar puede invocarse contra los médicos que tienen una visión diferente. Lo que sigue es una carrera hasta el punto en el que las visiones del sector más cauto de

la profesión definen los estándares para toda la profesión. La costumbre, entonces, se corrompe con las presiones externas.

En este punto, la necesidad de corrección contractual se vuelve importante, pero permanece prácticamente invariable. Debido a que la mala práctica médica es descrita como una rama del Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual, las partes no tienen libertad para definir los límites de los daños mediante contrato ni para decidir, al final de la relación paciente-médico, resolver sus controversias por medio del arbitraje en lugar del litigio. En muchos casos, las subreglas legales en materia de causalidad tienden a tratar a los daños generados por una enfermedad subyacente como si fueran daños médicos. El uso del Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual, y no de las reglas contractuales, restringe la posibilidad de corrección voluntaria de un gran conjunto de conjeturas judiciales mal informadas. Cuando los jueces están más preocupados en proveer compensación a las partes luego del hecho, que en maximizar el bienestar colectivo antes del hecho, es fácil lograr el resultado equivocado, aun cuando se conserve el estándar de la costumbre.

No debe suponerse que la norma consuetudinaria para la mala práctica médica es fácilmente universalizable. Esa norma consuetudinaria, por ejemplo, ha sido ampliamente rechazada al tratar los accidentes de trabajo.<sup>11</sup> Aunque la ley sobre la compensación a los trabajadores es hoy un esquema regulador (¡y vaya esquema!), en sus orígenes, el sistema fue contractual. El sistema se adoptó por primera vez en las minas (sindicalizadas) y los ferrocarriles en la mitad del siglo XIX, cuando el formal Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual frecuentemente permitía al empleador deslindar toda responsabilidad, argumentando que el trabajador había asumido el riesgo. El sistema de compensación de los trabajadores tiene en común con el sistema de garantías de productos y de mala práctica médica el evitar el uso explícito de una fórmula costo/beneficio. Sin embargo, este también evita cualquier uso del estándar tradicional de daños de responsabilidad objetiva o la alternativa de la mala práctica médica sobre el cuidado acostumbrado. En su lugar, la regla usual, tanto entonces como ahora, distribuye la responsabilidad de acuerdo con las compensaciones por daños surgidos fuera y dentro del trabajo, previamente estipuladas, sin referencia alguna al nivel de cuidado tomado por el empleador, excepto en el (raro) caso de daños infligidos contra uno mismo.

Aquí también una fuerte lógica económica guía el sistema. En aquellas industrias en las que las tasas de accidentes tienden a ser altas, es útil establecer un sistema especial para la prevención y compensación de pérdidas. Los costos de desarrollar el sistema pueden distribuirse entre un gran número de casos. La cobertura del sistema de

---

<sup>11</sup> Sobre los accidentes de trabajo en general, véase EPSTEIN, Richard A. «The Historical Origins and Economic Structure of Workers' Compensation Law». *Georgia Law Review*, vol. 16, 1982, p. 775.



compensación de los trabajadores es de hecho más amplia que la cobertura ofrecida por las reglas de responsabilidad objetiva del sistema de responsabilidad civil, debido a que el trabajador no necesita demostrar que el empleador hizo algo mal o que, en efecto, hizo algo para causar el daño. Es suficiente demostrar que el daño ocurrió en el trabajo. Todavía es necesario regular la conducta del demandante, porque la regla de inconducta voluntaria cubre solo actos raros y egregios, una fracción demasiado pequeña del sistema íntegro como para tener una consecuencia general. En este contexto, el otorgamiento de indemnizaciones *reducidas* opera como una revisión efectiva sobre la inconducta del demandante, porque implícitamente asigna una fracción de la pérdida de la parte dañada y, entonces, da fuertes incentivos a los trabajadores para supervisar la seguridad. Mediante el uso del arbitraje para operar el sistema, un fuerte sentido de práctica de la industria puede surgir para manejar los casos recurrentes. Aun en las primeras épocas de la compensación a los trabajadores, las reglas permitían compensar aquellas enfermedades propias de industrias específicas y normalmente no sufridas por la población en general.

Nuevamente, la solución eficiente busca abordar indirectamente el tema de costos y beneficios, pero evita cualquier incorporación explícita del cálculo de la culpa dentro de las reglas de responsabilidad. Aquí, el patrón está lejos de ser accidental y resulta en reglas relativamente simples para los daños con efectos de incentivos deseables. Sin embargo, también hace surgir un poco de cautela. La elección de estas reglas es fuertemente específica de determinada industria, hecho que las hace candidatas débiles para un segundo uso por las cortes y los legisladores. También los problemas financieros con los sistemas de compensación de trabajadores tienen orígenes similares a aquellos de la mala práctica médica. Los aumentos legislativos en la cobertura básica y en los niveles de compensación han minado la efectividad del diseño contractual original.

## DAÑOS A INTERESES RELACIONADOS

El punto de enfoque de todo sistema de responsabilidad civil extracontractual es su protección de la persona y de la propiedad contra la invasión física. Pero esa protección puede ser extendida en conformidad con simples principios de Derecho, como lo demuestran las acciones petitorias de reparación de daños causados en el demandante por las lesiones de otra persona, ejercidas por los esposos e hijos de los perjudicados. En este sentido, otro tipo de daños —interferencia con el beneficio probable y difamación— muestran cómo puede realizarse esa expansión de manera útil. Frecuentemente, el uso de la fuerza no se dirige realmente contra el individuo dañado sino contra otras personas con las que aquel quiere tratar. El uso de la fuerza contra la contraparte potencial de A normalmente inflige pérdidas también en A, que tenía todas las razones para esperar ganancias del intercambio. El reconocimiento del derecho de acción



por una interferencia con este «interés relacionado» conserva el sistema de intercambio y ha sido reconocido hace mucho tiempo por el derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Por tanto, un director de escuela tiene derecho a demandar a un competidor que ahuyenta a sus estudiantes con una muestra de fuerza, pero no tiene derecho a demandar al competidor que les ofrece a estos mismos estudiantes cobrarles menos pensión —a menos que ya se hayan obligado por contrato con el primer director de escuela—. <sup>12</sup>

Vista en su forma general, la distinción entre el uso de la fuerza y la competencia es tan clara en esta área como la distinción entre robo e intercambio voluntario, porque ambos son subconjuntos del mismo sistema general. Solo si permitimos a una persona examinar su propio lugar *selectivamente*, encontraremos un sinnúmero de excepciones, todas basadas en el interés individual, a esta proposición general. Es la naturaleza «todo o nada» de las opciones permitidas la que evita que el egoísmo individual se torne desenfrenado. Las personas escogerán la competencia para todos y el uso de la fuerza para nadie si se les niega la posición de preferencia para ellos mismos.

En muchos casos, estos intereses relacionados son amenazados no por actos sino por palabras. La ley de difamación aborda los daños infligidos cuando el demandado hace públicas (oralmente o por escrito) a una tercera persona palabras falsas sobre el demandante, que tienden a desprestigiar al demandante ante los ojos de esa tercera persona. Se dice comúnmente que la ley de difamación se ocupa de la protección de la reputación, que es análoga a la protección de la integridad física. Dentro de ciertos límites esa analogía es correcta, pero no debe pensarse que la reputación es alguna forma de abstracción inerte sin consecuencias humanas. La reputación, frecuentemente en forma de prestigio empresarial, involucra la posibilidad de que otros comercien con uno. Cuando alguien usa palabras falsas para dañar esa reputación, la pérdida equivale exactamente a aquella en los casos previos: ganancia anticipada, social o económica, para otros.

Al proteger la reputación, el Derecho debe decidir si las demandas por difamación proceden solo ante las mentiras deliberadas o si se extienden también a las falsedades emitidas inocentemente. Aquí, por supuesto, es importante *no* permitir demandas por afirmaciones *verdaderas* que perjudican la reputación (salvo por la información obtenida en confidencia), porque los argumentos negativos que son verdaderos solo corrigen las reputaciones que son inmerecidas desde un inicio y entonces producen

---

<sup>12</sup> Véase *Keeble v. Hickeringill*, 103 Eng Rep. 1127 (K.B. 1707). «Un director de escuela funda una nueva escuela en perjuicio de la antigua escuela y entonces los estudiantes son impulsados a migrar de la antigua escuela a su nueva escuela. La demanda no fue amparada en ese caso. Pero supongamos que el señor Hickeringill se pusiera, con una pistola, en el camino de los estudiantes y ahuyente a los chicos de ir a la escuela; entonces los padres les prohibirían asistir. En este caso, el maestro de la antigua escuela podría demandarlo por la pérdida de sus estudiantes».

ganancias a los oyentes de la afirmación que no deben ser ignorados en cualquier cálculo social. Por el contrario, las afirmaciones falsas dañan al demandante y engañan a terceros, y entonces tienen como balance un valor social negativo. Claramente, la intervención legal está justificada, porque las palabras falsas ofrecen una analogía cercana a la agresión externa. Es poco probable que la audiencia general demande o pueda demandar por los perjuicios difusos que ha sufrido. Entonces, una demanda directa hecha por la víctima de la difamación tiene que compensar por ese conjunto de daños más pequeños.

Una vez que la clase de intereses protegidos se expande, ¿qué hay de las bases de la responsabilidad? En este asunto, el *common law* optó por el estándar de responsabilidad objetiva para estas palabras falsas. Se puede ver la validez de esa conclusión en la sucesión de fallos a partir de la decisión de la Corte Suprema en el caso *New York Times* contra *Sullivan*, en el que sostuvo que las palabras falsas emitidas sobre funcionarios públicos (luego extendida a figuras públicas) son atacables solo si fueron emitidas con real malicia, esto es, con conocimiento de que eran falsas o en desatención irresponsable sobre su veracidad o falsedad.<sup>13</sup> La habilidad para dañar la reputación casi con impunidad ha conducido a un infortunado resultado: los medios de comunicación demandados eluden la obligación de corregir o reconocer los errores pasados demostrando que sus errores fueron ocasionados a partir de una falta de atención o de negligencia. Aquí la contracción de la responsabilidad complica la actividad de litigio introduciendo el tema del motivo y el conocimiento en todos los casos, y simultáneamente debilita los incentivos para un periodismo justo y riguroso. La regla más simple del *common law* que establece responsabilidad objetiva en estos asuntos desarrolla mejor la función de reconciliar los diferentes asuntos involucrados en los casos de difamación.

## DAÑOS QUE NO DEBEN SER COMPENSADOS

Una pregunta que subsiste es qué tan lejos puede expandirse el concepto de daño dentro del esquema del Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual. En particular, últimamente se han propuesto dos tipos de daños como candidatos a la protección legal. El primero surge cuando las personas se ofenden con lo que otros individuos dicen o hacen, aun cuando no exista fuerza ni fraude alguno. El segundo es el daño que resulta de la competencia en mercados abiertos, en donde los competidores son capaces de vender a menos precio que sus rivales, aun menos que aquellos que han gozado de posiciones fuertes en el mercado original. En las dos situaciones, es bastante inútil insistir en que los daños invocados por los transeúntes ofendidos y los

---

<sup>13</sup> *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).



competidores desilusionados no son reales: estas personas están peor en virtud de las pérdidas que ellos han asumido y sienten cercana y profundamente. Dar protección legal contra estas formas de daños es asumir una enorme expansión del sistema legal. Las simpatías de las personas en casos individuales podrían inclinar a muchos a transitar este camino aun cuando no estén seguros de cuán lejos deben llegar. Sin embargo, la tentación debe resistirse: para este tipo de daños, la única respuesta legal correcta es no compensarlos.

Nuevamente, consideremos una situación categórica desde detrás del velo de la ignorancia: supongamos que usted no sabe si ofenderá o será ofendido; o supongamos que no sabe si será un competidor desilusionado o exitoso, o tal vez el comprador que desea escoger entre ambos. ¿Que regla elegiría usted para proteger su propio interés? Las pérdidas privadas generadas por el uso de la fuerza o el fraude fueron asociadas con pérdidas sociales, pero no puede decirse lo mismo en ninguno de estos casos. En asuntos de ofensa, la aplicación consistente del principio significa que si usted no puede practicar su religión porque me ofende, entonces yo tampoco puedo practicar mi religión si a usted lo ofende. Como una confiable generalización empírica, puede decirse que ambos lados pierden más de lo que ganan, por lo que una renuncia mutua de la libertad religiosa o de la libertad individual cuesta más de lo que otorga; excepto, por supuesto, cuando el ejercicio de la creencia religiosa entre en conflicto, como frecuentemente lo hace, con la prohibición independiente del uso de la fuerza y el fraude. La misma precaución debe funcionar en temas de estilo de vida y actitud. Nada es más necesario para todos que darse cuenta de que hay límites sobre la extensión en la que las preferencias personales pueden gobernar la conducta o las actitudes de otros individuos. Como conocimiento generalizado, mientras uno más se preocupe de estos temas, más precavido será respecto de adentrarse en los dominios privados de los demás.

Similarmente, las constantes apelaciones al daño concurrencial como una fuente de compensación privada también están equivocadas. Si los automóviles japoneses son mejores que los estadounidenses, las empresas estadounidenses deberían mejorar sus productos y no imponer tarifas y cuotas de importación sobre sus rivales extranjeros. Si Southwest Airlines reduce sus precios de forma tal que obligue a American Airlines y United Airlines a reaccionar, la última cosa que se necesita es una extravagante demanda en Texas que acusa a esta práctica comercial como una forma ilegal de predación, aun cuando el jurado llegue a un correcto veredicto de que no existe responsabilidad. El lenguaje del predador y la presa se aplica mejor a leones que cazan antílopes. Solo opera como una metáfora que confunde cuando se aplica a los conflictos económicos entre extraños o a la competencia económica entre empresas rivales. Nuevamente, la regla *per se* de no compensación es apropiada en todos esos casos. A diferencia del daño surgido por el uso de la fuerza y el fraude, la pérdida privada en estos contextos no es un filtro confiable para ninguna forma de pérdida social. Como



una primera aproximación entonces, el principio de uso de la fuerza y fraude establece los límites apropiados al ámbito en el que una persona puede quejarse de la acción de un extraño.

Para recapitular, las cuatro reglas que he descrito hasta el momento establecen lo que algunos pueden llamar una síntesis liberal. Ellas describen un mundo con derechos fuertes y bien definidos de las personas y de la propiedad, completa libertad de intercambio y una poderosa protección contra las amenazas externas. En este último tema, los puntos más obvios de separación entre las personas son los límites físicos. Sin embargo, esas reglas no serán capaces de cubrir todas las situaciones relevantes en las que la rectificación de los perjuicios individuales se use para promover un estándar general de bienestar social. Para fortalecer el sistema, es necesario encontrar otros límites que funcionen cuando no lo hagan las barreras a la invasión física, y es precisamente allí que las reglas de la costumbre y la prohibición de los testimonios falsos por extraños toman tanta importancia. Esta síntesis tiene mucha durabilidad; pero, desafortunadamente, el mundo real no es tan simple. Debemos pensar no tanto sobre el lado «oscuro» de este sistema sino, más bien, sobre sus limitaciones. Al hacerlo, debemos tomar en consideración otras dos reglas: la regla de la necesidad y la regla de la compensación justa, tanto en el ámbito privado como en el público.

## CAPÍTULO 6

# Necesidad, coordinación y compensación justa

LAS REGLAS BÁSICAS reseñadas en los tres capítulos anteriores aportan mucho al establecimiento de un orden legal estable largamente inmune a las variaciones en el comportamiento, la costumbre y la práctica dentro de y entre las sociedades. La autonomía individual, los sistemas coexistentes de propiedad privada y pública, el libre intercambio y protección no son requisitos pasajeros ad hoc, atados a un determinado nivel de tecnología o a algún conjunto de creencias sociales vigentes. Las diferencias inevitables a través del tiempo y la cultura son fácilmente tomadas en cuenta cambiando el *contenido* de los acuerdos sustantivos que se hacen dentro de la estructura básica. Debido a que los acuerdos comunes responden a variaciones en las condiciones locales, los patrones de conducta social emergentes pueden diferir profundamente entre sociedades que se rigen por el mismo conjunto de normas legales.

Todo esto no quiere decir, sin embargo, que estas reglas ofrezcan una solución completa a los problemas legales de una determinada sociedad. No lo hacen, porque dejan de cubrir un conjunto importante de temas tanto en el derecho privado como en el público. Estas cuatro reglas básicas juntas asumen que las transacciones voluntarias pueden producir ganancias del intercambio una vez que los atributos iniciales en trabajo y propiedad son definidos por la ley. En esencia, el mayor impedimento para un sistema de buen funcionamiento es el uso de la fuerza contra extraños, que se incrementa en menor grado por el uso de expresiones falsas. La protección contra la agresión y la difamación, y el cumplimiento de los contratos constituyen el trabajo legal más importante en un sistema de dichas características. En la práctica, sin embargo, un segundo conjunto de obstáculos requieren una respuesta innovadora. En el capítulo 4 expresé que los contratos voluntarios funcionan mejor cuando hay múltiples actores en ambos lados del mercado, pero es necesario decir más sobre qué debe hacerse si no es posible la entrada a algún lado del mercado; esto es, en casos de *monopolio bilateral*, en los que A debe hacer negocios con B y B debe hacer negocios con A si alguno quiere obtener ganancias. Por supuesto, la mejor solución es permitir la entrada de competidores y así evitar estas peligrosas confrontaciones. No obstante, aunque ese enfoque podría funcionar en algunas circunstancias, difícilmente lo hará

en todas, debido a que existen monopolios circunstanciales que la ley no crea y cuya ocurrencia no puede evitarse. En esas circunstancias —que primero surgieron en los casos de necesidad—, controlar la agresión es solo una cara de la moneda. El otro lado de la moneda es el problema de la coordinación cuando una parte está en posición de exigir y tomar de la otra una gran parte de las ganancias potenciales de cualquier contrato. Aquí, la tarea es minimizar las totales distorsiones causadas por los dos problemas que frecuentemente trabajan con motivos entrecruzados entre sí. ¿Como podría hacerse esto?

### NECESIDAD PRIVADA

Cuando los críticos buscan minar el régimen universal de contratación libre, típicamente ofrecen un grupo de poderosos contraejemplos que tienen resonancia solo en el tema de la necesidad. Supongamos que usted está en un desierto y alguien que se muere de sed lo aborda y le ruega por algo de tomar. Usted dice: «Por supuesto, le daré algo para tomar. Me costó un dólar obtener este vaso de agua para usted, entonces un millón de dólares (que ambos sabemos que usted tiene) será el precio en el contrato. Usted me paga eso, y estará mejor porque estará vivo. Por cierto, yo también estaré mejor, porque un millón de dólares es más de lo que me costó producir el vaso de agua». El liberal típico, y con fuerte convicción, dirá que este contrato es tan bueno como cualquier otro, dadas las mutuas ganancias del intercambio.

Aquellos de nosotros que somos más equilibrados en nuestras creencias generalmente reconoceremos, como lo hizo el *common law* en Inglaterra y los Estados Unidos, y el antiguo derecho romano, que las reglas básicas de propiedad normalmente serán suspendidas frente a la necesidad.<sup>1</sup> Esta excepción de necesidad está definida de manera estrecha para cubrir solo aquellos casos en los que hay inminente peligro para la vida o la propiedad. Cuando se da el caso, el dueño del agua no puede, como principio estricto, usar la fuerza para defender su agua contra las exigencias del extraño consumido por la sed. En efecto, la necesidad invierte la relación usual entre el propietario y el extraño, porque la parte en necesidad está legitimada para usar la fuerza para arrebatar el agua de su dueño. De forma similar, la tripulación de un barco atrapado en una tormenta puede usar la fuerza y refugiarse en un muelle cercano, y un viajero atrapado en una tormenta puede tomar como refugio un granero o, tal vez también (si no hay peligro para el dueño), una casa habitación.

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, el caso *Mouse*, 66 Eng Rep. 1341 (K.B. 1609) —contribución general promedio por pérdidas navales—; *Ploof v. Putnam*, 71 A 188 (Vt. 1908) —privilegio de entrar en casos de necesidad—; y *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, 124 N.W. 221 (Minnesota 1910) —obligación de compensar el daño causado—.



El principio de la necesidad trae consigo, sin embargo, un deber correlativo: compensación justa para el dueño. Cuando A tiene una enorme ventaja «de abstenerse»<sup>2</sup> sobre B, y la cosa que B necesita como asunto de vida o muerte puede proveerse a un costo muy bajo, la regla es «tome ahora y pague después». Sin embargo, cuando todo está dicho, el deber de B es restringido: pague el valor de mercado ordinario de la botella de agua, o el valor de la renta del muelle o, tal vez, un poco más para compensar a A por la pérdida de control. Los derechos de propiedad se encuentran afectados, pero se respetan por esta solución de compromiso. No es como si el extraño en necesidad pudiera tratar el agua como si está no tuviese propietario o a su propietario como un recurso que carece de derechos. La compensación está diseñada para dejar al propietario indiferente entre el estado de cosas en el que se le deja en paz y aquel en el que su propiedad es tomada en uso por otra persona. Es una regla simple; más aún, es una que evita que la parte en necesidad sobredimensione sus necesidades o que tome más de lo que necesita. El principio de compensación justa también tiene el deseable efecto de reducir el nivel de resistencia del propietario, que ahora está seguro de que la necesidad del extraño no se convertirá en pérdida suya.

La solución de compensación justa, entonces, aborda ambos lados de la moneda: permite, pero limita la agresión y, a la vez, neutraliza las ventajas de la posición «de abstenerse». Para ver la lógica de esta solución, es instructivo aplicar el mismo examen que nos ha guiado hasta ahora. Antes de los hechos, ¿escogería usted tener el derecho absoluto de excluir bajo cualquier circunstancia para finalmente ser excluido por otros? ¿O preferiría estar sujeto al deber de ceder en casos de necesidad, especialmente si recibe una compensación justa, y poder compeler a otros a aceptarlo a usted bajo necesidades similares?

Los oponentes de la regla de necesidad privada temen que su incorporación inundará el sistema básico de propiedad que hace posibles los intercambios voluntarios comunes. Las reglas básicas de propiedad, contratación y responsabilidad tienen todos extremos angulosos. La necesidad, se argumenta, nos pone en el tope de la resbaladera. Salvo si se aplica correctamente. No solo es incorrecto decir que la escasez ordinaria de bienes arrastra situaciones de necesidad, sino que es también incorrecto expandir el concepto de necesidad para cubrir la escasez de habitación en San Francisco luego del terremoto de 1906, la escasez de luces en el apagón de Nueva York en 1965 o la escasez de sierras y generadores eléctricos en Charleston luego de la devastación causada por el huracán Hugo. En todos estos casos, no debería invocarse el concepto de necesidad, aun cuando haya un aumento temporal en el precio del equipo y los bienes necesarios luego de la ocurrencia de un desastre importante.

---

<sup>2</sup> La palabra «abstenerse» traduce la expresión «hold out». (Nota de los traductores)

Todas estas versiones extendidas de la necesidad difieren en una forma sensible de la crisis de un hombre sediento en el desierto o del barco en inminente peligro de verse atrapado en la tormenta con toda su carga a bordo. En San Francisco, Nueva York o Charleston, muchos vendedores y compradores pueblan los mercados aun después de que un desastre ha ocurrido. Aunque un repentino cambio en la demanda pueda elevar los precios rápidamente, no hay razón particular para creer, aun en el corto plazo, que algún sistema distinto al de los precios responderá mejor a un impacto externo que la entrada de nuevos vendedores a un mercado abierto. La agitación que sigue a la dislocación social generalizada no presenta meras situaciones comparables a los casos extremos de necesidad en los que se reconoce el privilegio. En su aspecto más distintivo, sin embargo, una crisis tal requiere la coordinación de los esfuerzos de miles de personas independientes, muchas de las cuales están conducidas por un fuerte sentido del miedo y una fuerte necesidad de supervivencia. Es prácticamente imposible permitir a la gente tomar el equipo de propiedad de otros para su propio uso en la esperanza de que se dará en contraprestación el nivel apropiado de compensación en un tiempo futuro. El grave riesgo de violencia continuada debería prevenirnos de desatar esta orgía. Si se observan los requisitos usuales para el intercambio voluntario, el incremento radical en los precios servirá como un poderoso imán para introducir nuevos suministros desde orígenes insospechados, hecho que traerá los precios abajo rápidamente, hasta su nivel anterior a la crisis.

Los resultados pueden ser sorprendentemente rápidos. San Francisco tuvo un mercado de alquileres viable luego de un mes del terremoto, pero no pudo responder tan rápidamente a la escasez de habitación al final de la Segunda Guerra Mundial. Por su parte, el mercado de habitación de Nueva York aún sufre limitaciones crónicas, cincuenta años después de que fue introducido el control de alquileres en respuesta a las limitaciones de habitación durante la guerra.<sup>3</sup> Los precios por el equipo necesario en Charleston se derrumbaron luego de días del impacto de la tormenta.<sup>4</sup> También ayuda el que la asistencia de caridad frecuentemente esté disponible (a nadie le preocupa que las personas estén experimentando necesidad cuando sus casas se inundan por un huracán). Adicionalmente, los consumidores estables frecuentemente reciben términos favorables de precios de los distribuidores que están motivados por un intrínseco sentido de la justicia o por un deseo de obtener las ganancias de los contratos propios de una relación prolongada.

---

<sup>3</sup> Véase FRIEDMAN, Milton y George STIGLER. «Roofs or Ceillings? The Current Housing Problem». *Essays on Current Problems*, n.º 1, setiembre 1946. Reimpreso en Walter Block y Edgar Olsen (eds.), *Myths and Realities*, 1981, pp. 87 y ss.

<sup>4</sup> Agradezco a David Lucas, quien sobrevivió al huracán Hugo, por este ejemplo.

Entonces, la defensa de la necesidad debe estar confinada estrictamente a la situación de monopolio bilateral, en la que la posibilidad de entrada efectivamente erosiona la posición monopólica del jugador dominante. No debe ser —y no ha sido— extendida para minar la importancia de la seguridad del intercambio. Debe ser evidente que la excepción de la necesidad, aunque indispensable, no es un corte de la misma tela de que están hechas las reglas de fraude y de violencia. Sin embargo, por el mismo efecto, debe entenderse la necesidad como radicalmente distinta de las complicadas concepciones de violencia económica o desigualdad de poder de negociación basada en diferencia en riqueza. La necesidad se origina por una posición de monopolio bilateral en la que una persona tiene una posición dominante de abstenerse, que perjudica la efectividad del proceso de negociación.

### PROPIEDAD CONJUNTA POR ERROR

Los problemas del monopolio bilateral también surgen en situaciones que a primera vista están muy lejos de estos casos de necesidad; pero, cuando la necesidad aparece bajo formas diferentes, la combinación de tomar y pagar también provee una solución razonable. Por ejemplo, un conjunto muy importante de asuntos en el Derecho Romano y el *common law* involucra los tópicos ocultos de accesión, especificación y mezcla:<sup>5</sup> las clásicas soluciones de la ley cuando el trabajo o la propiedad de dos personas se mezcla *por error*. Una medida de la gran importancia histórica del tema es la cantidad de espacio que estos asuntos reciben en los tratamientos clásicos del mismo. Las *Instituciones* de Justiniano dedican el doble de páginas a estos temas de lo que dedican a la compraventa, un tema comercial mucho más importante, pero difícilmente de menos importancia teórica porque cae claramente bajo las reglas del intercambio voluntario. En contraste, estos problemas exigen soluciones legales que requieren una extensión del repertorio básico de reglas más allá de las cuatro reglas de autonomía, adquisición, intercambio y protección.

El problema básico se expone fácilmente. A tiene una propiedad —digamos, un pedazo de madera— que B usa para hacer una estatua. La pregunta es quién es propietario de la estatua y por qué. Si A y B tienen un acuerdo sobre la propiedad definitiva de la estatua, entonces la propiedad se sigue del acuerdo: los contratos simples funcionan para asignar la titularidad. Si B roba la madera de A, generalmente A recobra la estatua, porque ninguna persona tiene derecho a obtener ganancias de su propias

---

<sup>5</sup> Para la exposición clásica, véase JUSTINIANO. *Instituciones*, Libro II, título 1, 25-36. Los nombres han sido trasladados a la ley inglesa, porque los problemas y las posibles soluciones son, en general, las mismas.



faltas. El exigir a B que entregue la madera y, por tanto, que sacrifique su trabajo es una manera barata de evitar el robo incentivando a B a usar su madera. Las dificultades llegan cuando B entra en posesión del bloque de madera por error inocente. Podría ser que A haya dejado el bloque en la casa de B por error, o que un tercero lo entregó por error a B en vez de a A. Entonces, B esculpe la estatua pensando de buena fe que el bloque es suyo. Ahora que cada parte ha hecho una contribución a este inadvertido *joint venture*, ¿quién se queda con la estatua y por qué?

Este tema es mucho más sutil de lo que parece. Una posible solución es devolver el bloque de madera a A, que es su propietario (junto con los retazos ya cortados). Sin embargo, la solución fuerza una transferencia del trabajo de B a A, en contravención del principio de autonomía que otorga a cada persona propiedad sobre su propio trabajo. Entonces, para proteger el trabajo de B, la estatua debería quedar en sus manos, pero, en ese caso, A habría perdido su madera sin recibir nada a cambio. Esta última posibilidad da la pista para las soluciones clásicas de la combinación errónea, inocente e irreversible de materias de propiedad de dos partes en una sola cosa: seguir el camino de los casos de necesidad. Una parte toma la propiedad o el trabajo de la otra, pero paga una compensación. ¿La explicación? La mezcla de bienes crea una situación de monopolio bilateral entre A y B, imposibilitando un regreso al *status quo ante* en el que A es propietario de su (intacto) bloque de madera y B es propietario de su (ahora utilizado) trabajo. Tal vez la ley podría tratar a las dos partes como socios en un negocio común en proporción a sus aportes, pero esa solución fuerza a dos extraños a contraer obligaciones de copropietarios contra su voluntad, y este es el tipo de obligaciones que no se debe imponer a las partes. La compensación justa por la transferencia de derechos se convierte en la solución preferida. Respeta los aportes de las partes inocentes a la vez que les permite ir por caminos separados, como podían haber hecho antes de que la infortunada mezcla ocurriera.

Pero, ¿quién se queda con la cosa y quién está obligado a recibir la compensación justa? Ninguna respuesta individual ni categórica cubre el enorme conjunto de casos, pero algunas líneas aclaran el camino. Lo más importante reside en la diferencia entre el valor de mercado y el valor subjetivo. El bloque de madera de A es un bien fungible. Fuera de la infortunada mezcla, es altamente improbable que A haya tenido algún apego especial a él o que pueda explicar por qué compró ese y no uno de similar tamaño y calidad. La estatua es una obra de arte única, cuyo valor es altamente incierto. Entregar la estatua a B y exigir el pago de una madera sustituta a favor de A, es claramente preferible a dar la estatua a A y luego hacer las complicadas evaluaciones del valor añadido a la estatua por B. Dado que es improbable que A sea la persona que compre la estatua si B la hizo a partir de sus materiales, la solución clásica tiene también otra ventaja: tiende a adjudicar la cosa a quien la valora más. En esencia, a un bajo costo administrativo (aquel de determinar el valor del bloque de madera), la ley fuerza una adquisición que otorga a A un equivalente a su bloque de

madera y deja a B en igual posición a la que hubiera tenido si hubiera esculpido la estatua a partir de su propio trozo de madera. Una solución elegante y simple para un problema complicado.

No debe suponerse, sin embargo, que todos los casos de acción y confusión son tan simples de resolver. Cuando A inocentemente construye sus mejoras sobre la tierra de B, no está nada claro quién debe conservar la propiedad del bien combinado. Las inclinaciones modernas en este tema podrían favorecer una transferencia del título de la tierra (fungible) a A. Históricamente, sin embargo, la regla era la contraria, tal vez porque las formalidades necesarias para perfeccionar una transferencia de tierra (permanente, valiosa y única) eran altamente elaboradas, mientras que el trabajo podía ser provisto por medio de simples contratos. Es mejor evitar las transferencias forzadas de tierra sin las necesarias formalidades y mejor dar al constructor de buena fe (como se denomina a A) el incentivo para permanecer fuera de la propiedad de B, limitando sus derechos. Este tema da pie a muchas otras variaciones que no es necesario detallar aquí: por ejemplo, A y B podrían contribuir con aportes que sean usados por C. El punto clave es que la regla de las apropiaciones bajo condiciones de necesidad (ahora entendidas como monopolios bilaterales), con la condición del pago de una compensación justa, se hizo una parte indispensable de cualquier sistema de derecho privado desde sus tiempos más antiguos.

## DIVORCIO

Otra área que hace surgir el mismo problema formal del derecho privado es el divorcio.<sup>6</sup> Aunque hay una abundancia de posibles cónyuges, las partes que persiguen el divorcio no tienen ese lujo: pueden obtener el divorcio solo de su actual cónyuge. Esa simple situación de uno frente al otro es la fuente de todas las dificultades al diseñar el conjunto correcto de reglas. Una regla que permite a una parte divorciarse a voluntad hace poco en proteger a la parte del matrimonio que invierte primero en la relación, es decir, en las situaciones clásicas —aunque cada vez menos hoy en día— a la esposa que ha trabajado en labores de poca paga para solventar la asistencia de su esposo a una escuela profesional. Permitir a este divorciarse a voluntad sería permitirle tomar los beneficios de la labor de su esposa, como si A estuviera autorizado a conservar la estatua esculpida por B a partir de los materiales de A.

Alternativamente, una regla que exige consenso entre las partes implica una posición de presión imposible de asumir. Podría requerirse de la parte que quiere salir del matrimonio sacrificar todo a cambio de libertad; esa es la situación bajo la ley judía,

---

<sup>6</sup> Para el mejor recuento del tema véase COHEN, Lloyd. «Marriage, Divorce and Quasi Rents: Or, "I Gave Him the Best Years of My Life"». *Journal of Legal Studies*, vol. 17, 1989, p. 267.

en la que un divorcio religioso, o «Get», ocurre solo con consenso entre ambos. Sus dramáticas posibilidades han sido sustento de un incidente, con tintes sobrenaturales, en la serie de televisión «L.A. Law» (el esposo inconscientemente exige el derecho a la propiedad exclusiva de la casa del matrimonio, para luego ver el documento incendiado por la esposa, cuando esta se rinde). Por proceso de eliminación, hay alguna gravitación a un sistema en el que el divorcio aparece como un derecho, luego del pago de una compensación justa por la liberación: alimentos y manutención.

En este sentido, la tendencia moderna a crear reglas flexibles —el denominado principio de división equitativa— de alimentos, manutención de menores y división de la propiedad, solo introduce una versión limitada del problema de la posición de presionar por la puerta falsa. Una estrategia común del esposo es exigir la custodia común de los hijos del matrimonio, exigencia que solo abandona luego de recibir las concesiones de su esposa respecto de los temas económicos del divorcio. Nuevamente, una regla determinada de división de propiedad reduce felizmente el nivel de juego disponible, porque entonces no es posible ligar los dos temas en una negociación. Este es otro ejemplo de cómo las normas legales más simples pueden producir efectos de incentivos más deseables.

## DAÑOS Y CONDUCTA ESPECÍFICA

El problema del divorcio ilustra un tema más grande de ley de remedios sobre contratos, que implica la combinación ahora familiar de tome y pague. Un mercado competitivo puede ofrecer a las partes una amplia gama de contrapartes contractuales, pero una vez que el contrato se ha perfeccionado hay solo *una* contraparte a la que cada uno puede mirar esperando que desarrolle una conducta. Si la contraparte decide retractarse, ¿a quién más se puede acudir? Es precisamente debido a que el mercado no puede asegurar la conducta por lo que debe darse algún remedio legal en primer lugar. Comúnmente, no discutimos mucho en el tema de remedios porque la reputación y la expectativa de tratos continuados conducen a un alto nivel de cumplimiento contractual global sin recurrir a la amenaza de las sanciones legales. Sin embargo, cuando surge la posibilidad de incumplimiento, cada parte tiene una relación de monopolio bilateral con la otra. Yo podría elegir prestar dinero a alguien de entre mil personas, pero solo puedo cobrar la acreencia a mi deudor.

En estas circunstancias, ¿seguimos las reglas que exigen una conducta específica o adoptamos alguna fórmula de compensación justa?<sup>7</sup> La primera respuesta es paralela a la ofrecida en los capítulos 4 y 5: dejemos a las partes escoger los remedios; no impongamos

<sup>7</sup> Para una discusión, véase FRIEDMAN, Daniel. «The Efficient Breach Fallacy». *Journal of Legal Studies*, vol. 18, 1989, p. 1.



los remedios como cuestión de derecho. Pero, ¿qué remedios deberían elegir las partes si advierten el problema y qué remedios deberían ofrecerse si no lo hacen? Aquí, la elección básica se da entre una solución que da protección fuerte a los derechos contractuales y una segunda que trata a la parte que incumple como si tuviera la opción de *cumplir* o *pagar* los daños —en la que los denominados «daños de expectativa» son daños calculados para dar a la parte inocente beneficios equivalentes a aquellos que hubiera obtenido si su contraparte hubiera cumplido—. <sup>8</sup> Este último remedio permite a A tomar el derecho de propiedad de B (esto es, su derecho a recibir los bienes de acuerdo con un contrato) a cambio del pago de una compensación justa. En forma y estructura, la elección de los remedios es idéntica a aquella que se defendía en los problemas antes abordados.

Para ver qué está en juego, asumamos que A y B celebran un contrato por el que A venderá algunos objetos por mil dólares y que luego A recibe una oferta de X por 1.500 dólares. ¿Puede A retirarse del contrato si está listo a pagar a B los 200 dólares más que le costaría obtener los objetos de otro proveedor en 1.200 dólares? ¿O debe A obtener el retiro de B del contrato? Exigir un retiro permite a B jugar al tirano y negarse a liberar a A, salvo que este le entregue una gran parte de sus 500 dólares anticipados en beneficios adicionales, digamos, 400 dólares. El peligro de la posición de presión de B es que podría conducir a un colapso de la transacción A-X, porque los costos de negociar podrían bien consumir enteramente los 300 dólares en ganancias potenciales.

Una medida de las expectativas en daños evita esta dificultad creando el problema inverso: ¿qué pasa si la pérdida probable para B son solo 200 dólares, pero los costos intangibles de dislocación son el doble de ese monto? Socialmente, es mejor para A cumplir, porque su ganancia de 500 dólares es más pequeña que la pérdida de 600 dólares de B. Sin embargo, el bajo nivel de daños comprobables inducirá a lo que ha sido llamado, tal vez incorrectamente, un «incumplimiento eficiente» del contrato. Al escoger entre remedios, el intercambio fundamental es el que compara el costo de renegociación de una liberación con los costos de una compensación incompleta cuando solo se exige daños. En los casos que involucran venta de tierras, exigir el cumplimiento es la norma; para los contratos laborales, en los que no es fácilmente exigible el cumplimiento, se otorga daños, pero a la parte que incumple se le podría prohibir trabajar u ofrecer la misma prestación a un rival. Estas soluciones son simples y prácticas, pero no son uniformemente fuertes; muchos contratos contienen opciones explícitas que permiten a A renunciar a algún pago, definido (usualmente por razones de simplicidad) en alguna figura dineraria específica o fácilmente calculada mediante

---

<sup>8</sup> Para el tratamiento clásico, véase FULLER, Lon L. y William R. PERDUE, Jr. «The Reliance Interest in Contract Damages». *Yale Law Journal*, vol. 46, 1936, p. 52.

una fórmula expresa. Así, una razón por la que podemos considerar que las soluciones de «tome y pague» son partes necesarias de cualquier sistema de leyes es su incorporación voluntaria en los contratos para obviar lo que podría convertirse en grandes problemas de coordinación.

### DAÑOS Y ÓRDENES JUDICIALES DE CONDUCTA<sup>9</sup>

El uso potencial de las reglas de compensación justa también surge en las definiciones de remedios en las normas de responsabilidad civil extracontractual. En su merecidamente famoso artículo sobre el tema, Guido Calabresi y Douglas Melamed condensaron gran cantidad del conocimiento tradicional al distinguir entre lo que ellos llamaron *reglas de propiedad* y *reglas de responsabilidad*.<sup>10</sup> Las reglas de propiedad son aquellas que son consistentes con las primeras cuatro de nuestras reglas simples. El propietario del derecho pierde ese título solo por consentimiento individual, salvo en aquellas circunstancias en las que es culpable de una falta. Una regla de responsabilidad ofrece una protección de remedio más débil de la adjudicación inicial debido a que su titular tiene derecho a una indemnización solo si el derecho es arrebatado o destruido. La regla que exige el cumplimiento del contrato es una regla de propiedad en el mundo de los remedios contractuales; los daños de expectativa son una regla de responsabilidad. En los contextos de contratos y de daños, el elemento definitorio de una regla de propiedad crea una situación de presión en la que el titular de la propiedad tiene un poder monopólico. Por el mismo efecto, una regla de responsabilidad permite tomar la propiedad a cambio del pago de una compensación justa.

La situación es más simple cuando la propiedad ha sido destruida y, entonces, todo lo que queda es la pregunta de si el demandante tiene derecho a una compensación. Calabresi y Melamed introdujeron su distinción de reglas de propiedad y de responsabilidad para tratar el problema de «amenaza de daño» y «daño futuro incierto». Estos casos surgen más notablemente en los litigios entre propietarios vecinos, en los que debe elegirse entre determinados remedios, en forma análoga a la elección entre daños de expectativa y la regla de ordenar el cumplimiento del contrato. Una posibilidad es evitar que el demandado opere su fábrica, digamos, para eliminar cualquier posibilidad de polución. Si eso se hace, surge el conocido problema de monopolio bilateral,

<sup>9</sup> La expresión «órdenes judiciales de conducta» traduce el término «injunction». En las cortes del *common law*, se entiende genéricamente bajo esa expresión a la prohibición judicial de llevar a cabo determinada acción o la orden de llevar a cabo determinada acción. (Nota de los traductores)

<sup>10</sup> CALABRESI, Guido y DOUGLAS MELAMED. «Liability Rules and Inalienability: One View of The Cathedral». *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, p. 1089. Una regla de propiedad no debe confundirse con una regla de adquisición.



porque la única persona de la que el dueño de la fábrica puede comprar su salida es el vecino que sufriría la polución. Alternativamente, una corte podría permitirle a la fábrica operar, pero sujeta a una obligación de compensar cualquier pérdida ocasionada posteriormente. Como en otros casos involucrados, es necesario imaginar cuál de estos dos sistemas de remedios funciona mejor que el otro.

Aunque la estructura es bastante diferente, las consideraciones relevantes son similares a aquellas comprendidas en casos de confusión y acesión. Si el daño potencial es el de inutilizar y hacer improductivo un terreno sin ningún valor distintivo, entonces la pérdida es como aquella privación de un trozo de madera fungible: en ese sentido, una indemnización dineraria debe ser el remedio elegido. Parece mejor permitir al demandante avanzar en tanto esté asegurada la capacidad para otorgar una compensación total por pérdidas futuras. De forma similar, si la probabilidad de daño es baja, el remedio de indemnización por los daños —en vez de una orden judicial de seguir determinada conducta— tenderá más a minimizar los costos del error: ¿por qué evitar cualquier acción que el 99 por ciento del tiempo no causará ningún daño, si puede pagarse una compensación para el 1 por ciento de casos en que lo causará? Como una corte expresó al denegar una solicitud de ordenar una conducta específica contra la operación de una planta de cobre en Tennessee hecha por propietarios de «terrenos pequeños en el campo»: «¿deberá otorgarse a los demandantes, por medio de una indemnización, la completa medida de alivio a la que sus daños les dan derecho, o deberemos ir más allá, y acceder a su pedido de destruir a dos grandes empresas mineras y manufactureras, recortar a la mitad el ingreso sujeto a impuestos de un Condado y conducir a más de diez mil personas fuera de sus casas?».<sup>11</sup> Más precisamente, la pregunta es si se obligará a los demandantes a comprar la conducta específica a un precio astronómico, dado el tema de la posición de presión. Es fácil adivinar la respuesta de la corte por el tono de su pregunta.

De la misma forma, sin embargo, cuando el tamaño de la pérdida del demandante se hace mayor, cuando la naturaleza de los intereses es más difícil de evaluar (como en un caso que involucre una reserva natural) y cuando la probabilidad de daño aumenta, el balance de patrimonios tiende a cambiar: ahora la compensación tiende a ser más necesaria y más difícil de medir, pero es menos probable que esté disponible y menos probable que sea suficiente. En este punto, la regla de propiedad parece crear menos peligros; entonces, se requiere el asentimiento del propietario vecino antes de que la actividad pueda seguir. Entre esos dos extremos se encuentran miles de posibilidades intermedias, muchas de las cuales toman la forma de: «el demandado puede usar sus tierras mientras observe determinadas condiciones de tiempo, lugar y manera; y mientras se pague una indemnización por cualquier daño residual». Pero más allá

---

<sup>11</sup> *Madison v. Tennessee Copper Corporation*, 83 S.W., pp. 658-666 (Tennessee, 1904).



de la vorágine de consideraciones relevantes, la mejor solución general es probablemente otorgar la orden de conducta específica salvo que el daño esperado del demandante sea menor que las ganancias perdidas por el demandado. La solución, en efecto, usa el fuerte conjunto de derechos absolutos para definir la norma directriz y permite desviaciones de ella solo en aquellos casos en los que el problema de la posición de presión tiende a pronunciarse.

Entonces, ¿es esta solución una regla simple o es, por el contrario, más compleja dado el número de casos intermedios que tienen que ser alineados sobre un solo eje? Es un poco de los dos. Los casos individuales en el balance de patrimonios y conveniencias son algunas veces difíciles de resolver, aunque frecuentemente, como en el caso Tennessee, son fáciles. En este sentido, mirar solo a los casos resueltos es desatender la frecuencia de casos difíciles, dado que los casos fáciles nunca se llevan a un proceso judicial o se resuelven mucho antes del proceso. Solo los difíciles quedan. Así vista, y sobre el total de casos, la operación cotidiana del Derecho es mucho más simple de lo que el caso extremo ocasional puede sugerir: el número de casos que atraviesan el filtro es muy pequeño. La mayoría de usos ordinarios de la tierra no cuentan como mortificaciones.<sup>12</sup> Para muchos eso basta, la sola amenaza de otorgamiento de una indemnización restará incentivos al uso ofensivo. Para los pocos casos que queden, la orden de conducta específica frecuentemente aparecerá como un efecto normal. Solo al final de un muy largo viaje llegamos a un subconjunto de casos en los que la elección del remedio permanece difícil aun luego de que las disputas fácticas se resuelvan. Sin embargo, puede sentirse algún alivio respecto de que las variaciones son en sí mismas tan difíciles de ver, que ninguna parte privada podría esperar tomar ventaja de la notoria ambigüedad antes del hecho. Cuando las partes privadas dejan de intentar derrotar al sistema legal, es tiempo de exigir al sistema legal que no desarrolle más refinamientos doctrinarios. La simplicidad de las normas legales hace más fácil tratar las situaciones de hecho complejas; pero, por supuesto, no elimina toda la complejidad.

## MONOPOLIO Y ANTIMONOPOLIO

El análisis de la necesidad y el monopolio bilateral ha presupuesto un conjunto de problemas que surgen de circunstancias que no está en el poder de las partes evitar.

---

<sup>12</sup> «Mortificaciones» traduce el término «nuisances». En el sistema del *common law*, «nuisances» se refiere una cosa o condición que causa daño o perjuicio, ya sea a un número limitado de personas (*private nuisance*) o al público en general (*public nuisance*); o que puede, debido a su atractivo, causar un daño a los niños que probablemente no reconocerán su condición de riesgoso (*attractive nuisance*). (Nota de los traductores)

Sin embargo, ¿qué debería pasar si el número de jugadores independientes a un lado del mercado se reduce por un acuerdo voluntario en transacciones que están diseñadas no para proveer bienes y servicios dentro del mercado sino para evitar la competencia que, de otro modo, ocurriría entre proveedores rivales? Esa colusión normalmente reduce la provisión de bienes por debajo de aquella que encontramos en un mercado competitivo. Una colusión similar puede ocurrir en los mercados de trabajo, porque tanto los empleadores como los trabajadores pueden buscar fijar los salarios por debajo o por encima de los niveles competitivos, respectivamente. Sería un error, sin embargo, asumir que cualquier cambio que sucede en los niveles de precio es simplemente una transferencia que se hace desde los consumidores a los productores. Las verdaderas pérdidas de distribución ocurren porque el cambio en el nivel de precio elimina algunas transacciones mutuamente ventajosas que ocurrirían si los precios o salarios se pusieran a niveles competitivos. Hay, entonces, pérdidas sociales que resultan del cambio en la estructura de mercado. En principio, si no hubiera problemas de coordinación en absoluto, todos los consumidores podrían actuar juntos y pagar dinero a los productores para que se mantengan como competidores, dejando a ambas partes mejor que antes.<sup>13</sup> Sin embargo, las dificultades de coordinación del comportamiento individual hacen esta respuesta totalmente improbable. La pregunta entonces es ¿cuál es la segunda mejor solución? En particular, ¿debería imponerse algunas restricciones sobre las transacciones mutuamente beneficiosas por sus efectos sistemáticamente negativos para terceros?

Para responder a este problema es necesario tratar una vez más con la interacción entre incentivos y costos administrativos. Una posibilidad es que el sistema legal no haga nada en absoluto. Dentro de este ambiente, cualquier parte contractual puede confiar en la ayuda propia e insistir por contrato en que los potenciales proveedores no se coludan entre sí. En ese punto, en la fijación de ofertas y de precios se cometen errores contractuales remediados en la forma contractual normal. Esta opción es la opuesta a pedir a los trabajadores que firmen los denominados contratos «yellow dog» para acordar no afiliarse a un sindicato mientras trabajen para el empleador.<sup>14</sup> El punto del sistema es permitir a los empleadores el uso de autoayuda para contrarrestar un monopolio laboral. Prohibir al empleador exigir esta mínima seguridad de lealtad

---

<sup>13</sup> Véase McCHESNEY, Fred S. «Rent Extraction and Interest Group Organization in a Coasian Model of Regulation». *Journal of Legal Studies*, vol. 20, 1991, p. 73.

<sup>14</sup> Respecto de este tema, el autor ha referido en otros trabajos el caso *Adair v. United States*, 208 U.S. 161, 172 (1908), en el que el juez Harlan cambió de posición para proteger los contratos «yellow-dog». Estos contratos son hoy ilegales en los Estados Unidos de Norteamérica, una vez que los argumentos de salud aludidos en el caso fueron desatendidos. Asimismo: *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), que invalida leyes estatales similares. La cita se encuentra en EPSTEIN, Richard A. «¿Externalidades por doquier? La moral y el poder político». *Ius et Veritas*, año XIII, n.º 25, Lima. (Nota de los traductores)

reduce la probabilidad de una cura privada para el problema del monopolio. Los acuerdos voluntarios para fijar precios y salarios rápidamente caerían, porque el precio monopolístico invitaría a entrar a nuevas partes con precios bajos: una posibilidad ausente en los casos de necesidad. Dentro del mercado, las empresas pueden elevar el precio de los salarios, y los nuevos trabajadores, aun cuando fueran acusados de «traidores», podrían socavar el poder del sindicato, pero solo mientras no se utilice el poder del Estado para apoyar las posiciones monopolísticas.

Es posible, sin embargo, tomar una actitud algo más agresiva hacia estos acuerdos colusivos. El curso más obvio de acción es adoptar el enfoque clásico del *common law*, que considera ilegales todos los acuerdos horizontales (esto es, acuerdos entre partes ubicadas a un mismo lado del mercado) sin perjuicio de la presunción general a favor de considerar legalmente válidos los acuerdos voluntarios.<sup>15</sup> Esta estrategia difiere del enfoque de no hacer nada en que facilita el proceso de nueva entrada al permitir a los miembros del cartel o acuerdo de fijación de precios traicionar su propio acuerdo colectivo, expendiendo sus ventas más allá de la cuota fijada. Mientras el número de miembros del cartel aumenta, también aumenta la posibilidad de que al menos uno lo traicione. Ya que la amenaza de una nueva entrada por foráneos queda intacta, el acuerdo de precios tiende a desintegrarse rápidamente. Nuevamente, los costos administrativos son bajos, y el potencial de error del gobierno está fuertemente limitado porque no hay Federal Trade Commission o División Antimonopolística que dé rienda suelta a sus excesos administrativos. El único riesgo es el de que las cortes no puedan distinguir entre los carteles con poder de mercado y las empresas ordinarias, un riesgo que se asume aun en el más pequeño de los regímenes antimonopolísticos.

Este sistema de invalidación no afecta al conjunto de fusiones horizontales y adquisiciones que pudieran, en principio, resultar en un aumento de la concentración dentro del mercado. En forma simple, cuando dos empresas independientes acuerdan combinar sus activos en una sola entidad legal, se obvia el tema de la validez del contrato por el cambio permanente en la estructura corporativa. Sin embargo, no es sabio pensar que cualquier sistema de revisión gubernamental puede distinguir las combinaciones corporativas que aumentan la competencia en el mercado de aquellas que no. Frecuentemente, estas fusiones se realizan en el mercado mundial, de manera que el número de rivales potenciales permanece suficientemente grande como para asegurar competencia efectiva, aun cuando el número de empresas activas disminuya en uno. Adicionalmente, las fusiones y otras combinaciones corporativas difieren de los simples acuerdos de concertación de precios en que estos últimos tienen frecuentemente

---

<sup>15</sup> Véase *Mitchell v. Reynolds*, 24 Eng Rep. 347 (K.B. 1711); *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.* (1984) A.C. 535; y: LETWIN, William L. «The English Common Law concerning Monopolies». *University of Chicago Law Review*, vol. 21, 1995, p. 355.



efectos beneficiosos como también perjudiciales para terceros. La toma de control puede permitir a la experiencia de una empresa ejercer control efectivo sobre los activos productivos que están en control de otra empresa. El tamaño de estas ganancias de eficiencia podrían ser muy grandes, aun cuando las partes de la transacción sean incapaces de identificar y cuantificar estas ganancias para reguladores escépticos que tienen, ellos mismos, poco incentivo para hacer la elección correcta. Y aun si pudiera mostrarse que una concentración de mercado indeseable, más que minar la eficiencia, se beneficia en abstracto, los costos en la administración, el error y la demora posiblemente excederían cualquier ganancia posible que uno pudiera lograr deteniendo la fusión o adquisición. Como antes, la mejor protección contra la concentración ilícita es el retiro de restricciones contra la entrada a los mercados nacionales e internacionales; y el tedioso, caro y poco confiable proceso de revisión de las fusiones solo puede retardar esa deseable práctica. Nuevamente, la mejor regla es la simple: si las partes están preparadas para incurrir en el gasto de una reorganización corporativa permanente, ninguna fuerza legal debe oponerseles.

Entonces, es deseable dar un papel más restringido a la ley antimonopólica de lo que es hoy la práctica común, que permite a las terceras personas ofendidas atacar el acuerdo monopólico como se ataca la comisión de un daño y exigir indemnización por las pérdidas que reclaman haber sufrido. Ese es esencialmente el enfoque de la Sherman Act de 1890, que prohíbe las combinaciones que restringen el comercio. Este enfoque tiene muchos defensores;<sup>16</sup> pero, haciendo un balance, este también representa un exceso de controles reguladores, los mismos que deberían evitarse mediante la derogación<sup>17</sup> del esquema regulador básico. El mayor gasto administrativo de este enfoque es evidente, y los costos son escasamente reducidos cuando las comisiones reguladoras elaboradas deben dar autorización previa para las fusiones u otras operaciones corporativas.<sup>18</sup> En cuanto a las ganancias de distribución de este enfoque son tanto irrelevantes como inexistentes. Es demasiado fácil dirigir prohibiciones administrativas o demandas privadas contra prácticas contractuales que son en sí mismas inobjetables, como cuando un fabricante distribuye distintos territorios entre sus diversos distribuidores; alta mayoría de la política antimonopólica estadounidense antes de 1980 representó, en efecto, un exceso de entusiasmo tanto del gobierno como de los agentes privados.

Todo esto no quiere decir que no haya, en principio, ninguna ganancia de una política antimonopólica restringida y certera. Sin embargo, por la misma razón, nunca

---

<sup>16</sup> Para una explicación más completa, véase BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*, 1977.

<sup>17</sup> La palabra «derogación» traduce el término «repeal». (Nota de los traductores)

<sup>18</sup> Véase el Hart-Scott-Radino Antitrust Improvement Act de 1976, Ley Pública n.º 94-435, 90 Stat. 1394, 15 U.S.C. Parte 18a (1976).

debe asumirse que cualquier política antimonopólica ideal será inmune a las entradas presiones del ambiente político, en el que los incentivos de actores individuales frecuentemente están en contravía con el objetivo razonable del derecho de la competencia. Simplemente, es demasiado fácil en un ambiente político acuñar una política antimonopólica que tienda más a proteger la posición de competidores marginales que asegurar el mantenimiento de mercados abiertos en los que las empresas grandes y pequeñas puedan competir en el negocio en iguales condiciones. Una medida saludable de escepticismo es siempre necesaria respecto de algún mecanismo de supervisión administrativa mientras la entrada libre al mercado esté disponible para minar la colusión.

Desafortunadamente, la intervención legislativa viola, con mucha frecuencia, el primer principio de la acción gubernamental: no hacer ningún daño directo. Lejos de prevenir las prácticas colusivas, la intervención del gobierno genera el riesgo de producir estos daños exigiendo licencias, imponiendo barreras de tarifas, promoviendo cuotas voluntarias o promulgando regulaciones antimonopólicas: todos, pasos contraproducentes que imponen altos costos administrativos a la vez que minan la efectividad de los mercados competitivos.<sup>19</sup> A cada momento, se insiste en que alguna forma de «daño competitivo» justifica la restricción del intercambio; pero, en todos y cada uno de los casos, la respuesta correcta es que las ganancias para los consumidores rebasan las ostensibles pérdidas de los productores, que ahora tienen un incentivo adicional para producir menos bienes a mejores precios y que se benefician de un régimen legal que les da la ventaja de precios competitivos cuando buscan insumos para sus propios procesos productivos. Los daños que causan los monopolios creados, apoyados y protegidos por la intervención gubernamental son más grandes en extensión y más difíciles de eliminar que los daños creados por monopolios privados. La simple regla *per se* que califica a todo el daño concurrencial entre competidores como incompensable cumple el objetivo. Es imperativo evitar sucumbir al poder de la imagen física que amenaza las miles de formas de reducción de precios y predación como equivalentes de la agresión ordinaria. Y hay muy poca justificación para acopiar fuertes municiones en contra de los carteles que tienden a colapsar rápidamente por su propio peso. El principio de necesidad escasamente requiere el establecimiento de un complejo cuerpo de leyes antimonopólicas que, muy probablemente, estará más desarrollado.

---

<sup>19</sup> Véase, e.g., BOVARD, James. *The Fair Trade Fraud*, 1991.

## CAPÍTULO 7

# Tomar y pagar

EN EL CAPÍTULO ANTERIOR mostré cómo el tema de «tomar y pagar» juega un papel poderoso en toda clase de contextos privados. Una nueva medida de complejidad se inyecta en el sistema cuando este principio se aplica al Estado y a su poder de tomar, regular y aplicar impuestos.

### OCUPACIÓN Y REGULACIÓN

Frecuentemente, el gobierno necesita obtener recursos materiales de los individuos para proveer servicios a la gran mayoría de personas. En algunos casos, el Estado puede comprar esos bienes a algunos miembros del público mediante un mercado competitivo de transacciones, y lo hace porque un sistema de intercambio voluntario es más económico de operar que el que se basa en requisas a vendedores no dispuestos a ello. Sin embargo, los problemas de posición dominante y de coordinación excluyen esa solución consensual de ciertos bienes clave, como determinadas porciones de terreno que se requieren para la construcción de un fortín o una vía pública. El gobierno resuelve mejor este problema expropiando, mediante el pago de una compensación justa. Idealmente, el ciudadano individual es indiferente a la pérdida gracias a la compensación recibida, y el público en general obtiene el beneficio de la acción estatal, un beneficio del cual participa también el ciudadano individual cuya propiedad es expropiada (hecho que es una razón para ser especialmente cuidadoso del poder de «dominio eminente» contra extranjeros o ciudadanos de otros estados). Esta solución tiene un conocido linaje, porque sigue la regla que rige los daños de expectativa en los contratos y la indemnización como remedio en el Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual.

Actualmente, hay un nivel de consenso relativamente alto en cuanto a la obligación del gobierno de pagar una compensación completa por el valor de los terrenos que ocupa y usa para fines públicos. Sin embargo, aun así, las dificultades ocultas respecto a los daños en los escenarios privados también deben ser atendidas. Recuérdese que, con los daños de expectativa, el mayor riesgo fue la compensación insuficiente:



que las pérdidas intangibles a la parte inocente no se reflejasen en las decisiones de precios. Aun ahora, muy frecuentemente las reglas modernas de compensación justa hacen que sea muy probable la posibilidad de subcompensación. Costos de mudanza, costos de tasación, pérdida de *good will* de negocios y la posibilidad rentable de una renovación de alquiler, están todos descartados en el cálculo de los daños. Primero, el gobierno le arrebató a alguien su terreno y luego trata el costo y el inconveniente de su éxito forzado como si el propietario hubiera incurrido voluntariamente en estos, ansioso por abandonar su propiedad. Esta indefensible distorsión a favor del gobierno explica por qué aquellos que se encuentran en el camino del «buldózer público» perciben con temor la posibilidad de la declaración de apropiación legal para uso público: lamentan su destino, aun después de recibir lo que el gobierno, y ningún otro, llama «compensación total».

Peor aún, estas distorsiones en los programas de compensación también generan dislocaciones sociales. El otorgamiento de una compensación justa establece un programa de precios para el Estado; si se establece muy bajo, el precio opera como un subsidio que induce al Estado a una decisión de precio en virtud de la cual los beneficios para el público están por debajo de la pérdida privada del propietario. La conclusión social es un fallo excesivamente dañino. La regla simple que exige pagar indemnizaciones que cubran el total de los daños en materia de responsabilidad extracontractual y de contratos debería aplicarse con fuerza inmisericorde en casos de expropiación gubernamental, precisamente porque él, y solo él, posee el amplio poder para determinar qué persona y qué propiedades están sujetas a su poder de decisión.

La ley de «dominio eminente» debería ser relativamente simple si la única cuestión es determinar si el gobierno tiene que pagar por los terrenos que ocupa. Bajo esta visión, toda regulación de los derechos de uso y disposición de terrenos (sea esto por venta, trueque, alquiler o hipoteca) estaría comprendida dentro del poder del Estado, que decidiría a su antojo si se impone o no. Esta ley tiene la ventaja de una evidente simplicidad. Mientras la misma parte esté en posesión del terreno antes y después de la acción gubernamental, no podrá surgir desafío alguno a su constitucionalidad. Sin embargo, la misma ley tiene efectos catastróficos de incentivos tanto en funcionarios gubernamentales como en contratantes privados. En el momento en que se diga que el Estado puede otorgar a un individuo el simple derecho de caminar en su terreno o el más comprensible derecho de construir un edificio de oficinas en él, alguien, en algún lugar y de alguna manera, buscará influenciar, por medio del proceso político, los usos que serán autorizados para el terreno. El propietario de un edificio alto de los alrededores gastará recursos para convencer a los funcionarios del gobierno local de desestimar cualquier proyecto que signifique una amenaza competitiva para él, aunque el proyecto genere a largo plazo sustanciales beneficios a la comunidad. El ciclo político de intriga que seguirá a esta presión consumirá grandes recursos sociales a la vez que degradará el proceso general de decisión.

La única manera de acabar con los problemas políticos es crear un régimen legal en el cual los funcionarios del gobierno no tengan el poder de crear o destruir fortunas a sola firma. Consecuentemente, sería un error de proporciones monumentales limitar la protección de la Cláusula de Expropiaciones de la Constitución a casos de desposeimiento sin reservas. A pesar de que el Derecho de expropiaciones moderno es típicamente hostil a los reclamos de los dueños de las propiedades, no llega a tomar la posición extrema que equipara los derechos de la propiedad privada con la simple posesión de propiedad. En lugar de eso, la ley simplemente reconoce que algunas formas de regulaciones del uso y disposición pueden ser impuestas solo si se proporciona una compensación. Efectivamente, el delicado asunto del moderno Derecho de expropiaciones involucra la definición de esas expropiaciones «reguladoras»: ¿qué reglas tendrían que determinarse si la compensación debe pagarse cuando el gobierno limita el poder del propietario a usar o disponer de la propiedad privada, pero no entra en posesión de esa propiedad para su propio beneficio? La visión moderna sostiene que la regulación gubernamental del uso no es una expropiación por la cual habría que pagar compensación, salvo que y hasta que las restricciones del gobierno vayan «muy lejos».<sup>1</sup> Aun así, ahora parece que no se llega realmente a este punto a no ser que el Estado imponga una *limitación completa* en el uso de terrenos. Mientras se deje algún uso benéfico al propietario del terreno, las cortes no se preguntarán acerca de las razones para la regulación ni demandarán compensación por la pérdida de valor que las restricciones imponen. La tenencia de la propiedad permanece con su propietario, pero el Estado succiona sus jugos.

Las leyes constitucionales influenciarán fuertemente la conducta del Estado. En el más conocido de los recientes casos de expropiaciones, *Lucas v. South Carolina Coastal Council*,<sup>2</sup> el asunto viró hacia una ley de Carolina del Sur que prohibía cualquier construcción de nuevas casas cerca de la playa. La restricción estaría fundamentada en dos justificaciones: el incremento del turismo en el Estado y la mejora de las actividades de esparcimiento de los ciudadanos de Carolina del Sur. Bajo esa ley, Carolina del Sur prohibió a David Lucas construir casas para familias en alguno de los dos lotes que adquirió por un total cercano a un millón de dólares, a pesar de que ya se había construido una casa similar en el lote que estaba entre sus dos lotes, recientemente adquiridos. La Corte Suprema ordenó al Consejo pagar a Lucas el valor completo por ambos lotes, ya que las restricciones los habían vuelto inútiles. Lucas finalmente recuperó un millón y medio de dólares en compensación (los lotes habían subido de valor desde su compra inicial), pero virtualmente toda esa ganancia fue a parar a sus banqueros y abogados. Carolina del Sur fue obligada a tomar en propiedad los lotes, los

---

<sup>1</sup> *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922).

<sup>2</sup> *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 112, S.Ct. 2886 (1992).



que prontamente revendió, naturalmente, para su desarrollo como casas para familias. La continuación del caso muestra la sabiduría del requerimiento de compensación, por cuanto las nobles intenciones del condado costero dependían completamente de que otro pagara la factura. En todo nivel y en cualquier contexto, el gobierno mira mucho más de cerca las restricciones que debe financiar que aquellas que financia a partir del patrimonio de sus más desafortunados ciudadanos. Incluso los gobiernos demandan menos cuando tienen que pagar más.

Igualmente importante, desde un punto de vista teórico, fue un golpe de suerte que inició la prohibición categórica contra toda construcción en el frente de la playa, contenida en la ley de Carolina del Sur. El mensaje del caso Lucas es claro. Ningún gobierno debe ir tan lejos nuevamente: por eso, es mejor para él restringir el 99 por ciento de los usos ordinarios, sin pagar compensación, que restringir el 100 por ciento pagando compensación total; y la nueva ley de Carolina del Sur refleja ese punto de vista.<sup>3</sup> Vista en términos marginales, la regla constitucional que rutinariamente permite restricciones parciales en el uso de terrenos abandona la única política razonable en el área: que cuanto más expropie, más pague. Una regla constitucional que no considera una compensación hasta el último paso y solo considera una compensación completa en él lo hace un paso muy costoso, efectivamente tan costoso que ningún Estado en su sano juicio lo daría.

Sin embargo, ¿por qué usar un conjunto diferente de reglas de compensación para regulación y otro para ocupación? La regla según la cual mientras más expropie el Estado, más paga, funciona bien con la ocupación y previene una conducta estratégica del gobierno. ¿Por qué entonces falla con la regulación? Tanto el *common law* como la tradición de Derecho Civil rechazan la visión de que la simple posesión de terreno es equivalente a su propiedad: todos los sistemas legales privados reconocen la necesidad de ubicar el uso y disposición en manos de la parte que posee del bien. ¿Por qué estos conceptos son irrelevantes al evaluar la conducta del gobierno? De seguro, ninguna parte privada puede evitar, de pleno derecho, los usos de propiedad que no constituyan cometer un daño que pueda ser materia de acción legal, ya sea transgresión o mortificación. ¿Por qué el gobierno tendría que ser investido de un conjunto de poderes para restringir la conducta privada, que no se derive del conjunto de poderes otorgados a sus ciudadanos individuales? Podría decirse que la regulación es necesaria para la supervivencia del Estado moderno, debido a que la conexión entre, digamos, el control de renta y la preservación del orden civil es difícilmente discernible para cualquiera que ha visto la ineficiencia estructural y la masiva desigualdad de los mercados de alquiler de Nueva York (o Cambridge). Y si bien cierta regulación es necesaria para

---

<sup>3</sup> Véase el South Carolina Code, § 48-39-290(B), con su increíblemente detallada lista de condiciones y excepciones.



governar, mucha destruye la libertad. Ambos riesgos deben ser tomados en cuenta cuando se está trabajando en el diseño de un modelo constitucional apropiado.

## REGULANDO A LOS REGULADORES

La ley actual no limita el uso de la regulación gubernamental bajo el principio de «tome y pague». Se necesita un nuevo comienzo, uno que no tenga como misión defender del ataque con base constitucional a la mayor parte del gran Estado regulador como sea posible. La brecha entre la regulación y la expropiación debe ser salvada de manera que se trate a la primera igual que a la segunda. A riesgo de ser dogmático, voy a afirmar que la única posición correcta es reconocer que todas las formas de regulación están sujetas a una minuciosa revisión bajo la cláusula de expropiaciones. Por definición, esta posición significa sujetar cada forma de restricción gubernamental a una minuciosa revisión constitucional. Si el Estado relaja las reglas de transgresión, de tal manera que algunas personas puedan entrar en el terreno de un propietario, surge un tema de expropiación. Si este grava con un impuesto el terreno, limita la renta que se le puede cobrar al inquilino, impone tamaños mínimos de lote, establece limitaciones para los jardines laterales o posteriores, o establece cualquier clase de requerimientos de densidad, tiene que poner en funcionamiento el juego de sanciones establecido por la Cláusula de Expropiaciones. Cualquier forma de legislación, consecuentemente, requiere compensación por las pérdidas infligidas: (1) salvo que la legislación sea necesaria para evitar las clases de pérdidas que los vecinos podrían invocar bajo los principios ordinarios del Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual, esto es, aquellos establecidos bajo la regla 4; o (2) salvo que alguna compensación en bienes sea proporcionada a la parte expropiada.<sup>4</sup>

### El poder policial

Ambos elementos requieren un poco de elaboración. El primer examen incluye el poder policial, término que aparece por todas partes en el discurso constitucional, aunque estas palabras exactas no se encuentran en la Constitución.<sup>5</sup> Si A está a punto de atacar a B, B puede desarmar a A sin compensarlo por la pérdida de su arma. El acto de agresión genera el derecho de defensa propia. Sin embargo, un propósito más importante del gobierno es eliminar la necesidad desesperada de ayuda propia, y el

---

<sup>4</sup> He defendido esta posición extensamente en EPSTEIN, Richard. *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, 1985.

<sup>5</sup> FREUNDT, Ernst. *The Police Power, Public Policy and Constitutional Rights*, 1904.

poder policial permite al Estado intervenir para proteger a B bajo circunstancias en las que B está calificado, pero incapacitado de defenderse a sí mismo. También puede invocarse el poder cuando B es capaz de defenderse por sí mismo, solamente para atenuar el riesgo de desencadenar un conflicto inherente al uso privado de la fuerza.

En principio, B está debidamente acreditado o calificado para su protección contra más que el simple uso de la fuerza. Las indemnizaciones y órdenes de conducta específica de las cortes son concedidas rutinariamente mediante demandas judiciales privadas en el *common law* para controlar las mortificaciones. En este escenario, la acción estatal puede ser lo apropiado, especialmente cuando la naturaleza difusa de un daño potencial pone a muchas personas en una posición análoga a la de B. La planta de A podría expeler polución sobre un vecindario completo. Si B y sus acompañantes pueden enfrentar privadamente las actividades que A desarrolla sin pagar compensación, el Estado puede hacer lo mismo cuando actúe como su agente. El poder del Estado permite la intervención (por impuestos y protección policial) cuando los problemas de coordinación entre los individuos inocentes impiden que opere algún sistema de apoyo legal privado o de ayuda propia. El mayor límite en este ejercicio de poder del Estado reside en el conocido temor de la sobreprotección contra daños exagerados. Aun aquí, también las analogías de la ley privada, al balancear la equidad en el establecimiento de soluciones, proveen una ruta factible para la acción del gobierno. La posibilidad de error es inseparable de cualquier uso de poder del Estado: todo lo que se pide es minimizar los riesgos alternativos de disuadir demasiado o de desincentivar muy poco.

La debilidad del Derecho moderno se aplica tanto a los fines como a los medios. Las concepciones judiciales del poder policial comprenden virtualmente cualquier clase de asunto. Bloquear la vista de un vecino y llenar una excavación en el terreno propio son tratados rutinariamente como errores privados que el Estado puede evitar sobre la base de la ley sin pagar compensación. En asuntos de medios, las más imaginativas conexiones entre un acto individual y algún daño ordinario puede limitar el uso de la propiedad privada. La declaración formal de que la construcción de una casa en un lote frente a la playa puede alterar los patrones de drenaje o la formación de una duna se considera razón suficiente para prohibir o restringir la construcción, sin exhibición alguna respecto a que estas acciones privadas vayan a alterar las poderosas fuerzas de la naturaleza, que están constantemente activas. En el caso Lucas, por ejemplo, las dunas se han movido cientos de pies a lo largo de los años. Pese a que estos cambios podrían destruir cualquier casa que esté precariamente ubicada, es muy improbable que la construcción de una casa, en un área que ya está desarrollada, alterará de una manera apreciable la estructura de las dunas. Todavía, de tiempo en tiempo, un peor caso de análisis permite visiones apocalípticas para dar color a las opiniones acerca de la conveniencia de la acción social. Y mientras tanto se permite que las preocupacio-

nes acerca de la degradación ambiental oculten otros asuntos, sean estos de control de la competencia o de suspensión de todo el crecimiento y desarrollo dentro de una región dada. Precisamente, como la ley de responsabilidad civil extracontractual puede operar debidamente solo con una estrecha concepción de los daños compensables, así también la norma constitucional debe incluir la concepción para prevenir la excepción del poder policial respecto de la protección sustantiva básica de los derechos de propiedad. Dos reglas simples crearían una revolución bien recibida en esta área: restringir los límites del poder policial a las mortificaciones legales comunes e insistir en que tiene que haber una conexión razonable entre los medios y los fines.

### Compensación en especie

La segundo examen involucra un requerimiento de compensación en especie, que necesita un poco de elaboración. En muchos casos, una ley (como la de desposesión) se centra en una sola persona, que soporta todas las pérdidas y obtiene muy poco, si obtiene algo, de los resultados del beneficio público. En esos casos, no es posible una compensación. Sin embargo, otras regulaciones van más allá y prometen la «reciprocidad promedio de ventaja» en tal grado que *todas las personas son beneficiadas y perjudicadas en iguales proporciones*. Si es así, entonces los beneficios que cada parte recibe cuando *a otros* se les impone restricciones similares constituyen una compensación por las pérdidas sufridas.

Supongamos que una ordenanza local dispone que todos los propietarios de terrenos deben tener patios laterales de, por lo menos, quince pies de ancho. Esa regulación puede ser para beneficio mutuo de los propietarios; en ese caso no se requiere compensación en efectivo. No tiene sentido incurrir en los costos administrativos de cobrar impuestos para luego restituirlos en igual proporción a las partes a las que se les cobra. No obstante, cuando se imponen las restricciones locales de desarrollo de terrenos con alcance a todo el Estado, la reciprocidad de ventaja promedio está en déficit: los beneficios son de alcance a todo el Estado, pero los costos de la ordenanza son locales; por lo tanto, se hace necesaria la compensación en efectivo. Este parece ser el resultado en el caso Lucas, en el que la regulación estatal de todo el desarrollo local fue justificada en un momento riesgoso como un medio para desarrollar los intereses de distracción y turismo a lo largo del Estado. Algunos casos pueden producir un resultado mixto: alguna parte de la carga local puede equipararse a un beneficio local y alguna otra no. Si fuera así, entonces la compensación debe venir de dos formas: una parte en beneficios y el resto en efectivo. Incluso, no interesa cuán bizantino sea el sistema de regulación del Estado, la última pregunta es siempre si el efecto neto del esquema de regulación es imponer una transferencia implícita de riqueza de un individuo o grupo a otro. Si es así, esa regulación debe ser bloqueada, salvo que se provea



compensación en efectivo. En contraste, las regulaciones que otorgan bienestar a todos simultáneamente deben ser autorizadas sin pagos en efectivo, porque estas esquemas pueden duplicar la condición de un juego de suma positiva que normalmente se obtiene de un acuerdo voluntario.

En este punto, incluso otro simple examen —aquel de prorratear los beneficios y cargas— se convierte, por poder, en la medida de una compensación justa cuando los beneficios y cargas de la ley no son manejables por cálculo directo. A un mínimo, las leyes con cargas selectivas, o con discriminación explícita, son leyes sospechosas, salvo que las pesadas cargas sean impuestas sobre aquellos que reciben a cambio los grandes beneficios: una contribución especial para un calle local debería financiarse a partir de los impuestos locales, si el camino favorecerá principalmente a los residentes locales; pero una carretera construida a través del vecindario beneficia también a los de fuera y debería estar financiada mediante cobro de peajes o ingresos generales. La equidad formal se convierte en una consideración importante, no como una consideración ad hoc, pero sí como una mínima condición para una compensación justa.

En la práctica, sin embargo, la equidad formal es insuficiente, porque frecuentemente las reglas formales tienen (y están orientadas a tener) un impacto desproporcionado en varias personas. Una ley que evita cualquier tipo de desarrollo en un terreno agrícola puede imponer idénticas restricciones a una sociedad de conservación y al operario del terreno, pero la equidad formal pone a la vista la enorme transferencia de riqueza implícita que se realiza entre estas dos partes, pues el operario estimula restricciones que la sociedad de conservación ha gestionado y luchado ferozmente para imponer ante la autoridad. Consecuentemente, el valor de los intereses del operario decrece mientras que el de la sociedad de conservación se incrementa, todos bajo una regla formalmente neutral que esconde grandes consecuencias redistributivas. Se debe pagar una compensación en efectivo, salvo que la restricción impuesta sea efectivamente justificada como un dispositivo para evitar daños externos bajo el criterio de mortificaciones adoptado para el primer examen.

El constante reclamo de una compensación justa no es una maniobra para proteger a los ricos y famosos, aunque algunas veces tenga ese efecto. Frecuentemente, sus consecuencias son completamente opuestas. El sistema masivo de regulación para el uso de los terrenos que el estado de Nueva York ha impuesto en sus montañas Adirondack (que incluye un tamaño mínimo de lotes para casas privadas de cuarenta y dos acres) refleja los intereses de los ricos y poderosos de la ciudad de Nueva York y del estado de Nueva York, quienes usan mecanismos reguladores estatales para destruir el valor de la propiedad local (que luego es afectada por impuestos para proveer fondos adicionales para las carreteras usadas por los turistas en la región). Aquí, las restricciones de compensación justa son necesarias para contener a ese Leviatán, de tal manera que la ventaja humana del sistema del derecho de propiedad del *common law* no se convierta en una nota al pie de página de la historia en el mundo regulador,

siempre en expansión. El Estado necesita el poder de «dominio eminente» para contrarrestar los problemas de coordinación y de posición de presión. Ese poder será debidamente ejercitado solo si los «acuerdos» impuestos por el Estado reflejan las propiedades esenciales de aquellos acuerdos que se obtienen mediante el consentimiento individual. Un desarrollo común, y no ganancias de políticos, es lo que puede generar una construcción correcta del poder de expropiar.

Desafortunadamente, en este asunto crucial, la inexorable tendencia judicial es abandonar cualquier esfuerzo serio de equiparar costos y beneficios. Un hito del esquema de preservación en la ciudad de Nueva York coloca una pesada carga en los propietarios de los edificios afectados sin conceder beneficios comparables; y sin embargo, la falta de proporción se ha tratado simplemente como un factor a tenerse en cuenta y no como una poderosa barrera contra la regulación sin compensación.<sup>6</sup> Las declaraciones de principios son abandonadas en favor de búsquedas *ad hoc* que al final se acomodan al ejercicio del poder del Estado. En la práctica, el requerimiento de compensación en especie recibe la misma interpretación extravagante que se da al poder policial. Todos los esquemas comprensivos producen solo un ligero beneficio para los perdedores netos. Si las cortes permanecen fijas en su rechazo a examinar el tamaño de los beneficios recibidos por cada parte sujeta a la legislación, unos gramos de beneficio justificarán un kilo de cargas. El «beneficio presumido» para una parte regulada emparejado con el «daño presumido» para una parte legislada consecuentemente ha trabajado para hacer, virtualmente a todas las restricciones en el uso de terrenos, inmunes al ataque constitucional.

El actual régimen constitucional de «todo está permitido» desata todo un conjunto de consecuencias políticas y económicas indeseables. El persistente patrón de decisiones judiciales ha reducido la protección de la propiedad a una garantía de posesión legal desprotegida. Virtualmente, todos los derechos de uso y disposición están sujetos al veto político. Consecuentemente, el actual vacío constitucional crea una fatal división entre el poder y la responsabilidad, que un sistema correcto de derechos de propiedad busca evitar: cuando solamente un lado puede usar, pero el otro puede vetar, el estancamiento está a la orden del día. La cláusula de expropiación, diseñada para contrarrestar los problemas de posición dominante y de coordinación, ha sido llevada a un estado de atrofia, en tanto estos problemas se han multiplicado. El poder se expande para llenar un vacío y las legislaturas continúan estirando los límites de la ley y conjuran nuevas formas de restricción, buscando siempre acercarse al umbral en que se les exige pagar compensación, pero sin cruzarlo jamás. Sin una compensación justa, las pérdidas privadas de los propietarios se dejan fuera del marco social, de tal forma que las grandes pérdidas son creadas sistemáticamente a cambio de la generación de pequeñas ganancias.

---

<sup>6</sup> Véase *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978).



Nadie duda de que un sistema constitucional que permite al gobierno hacer lo que quiera mediante regulaciones y restricciones es más simple que aquel que sujeta a ese gobierno a alguna forma de obligaciones. Por la misma razón, nadie duda de que una regla que permite a los individuos privados hacer lo que ellos quieran es más simple que una que impone limitaciones en el uso de la fuerza. En ambos casos, algunas prohibiciones simples pueden generar poderosos efectos de incentivos que hacen insignificantes a los modestos costos administrativos que son impuestos. Prevenir la agresión genera beneficios que superan a los impuestos que se necesitan para financiar ese esfuerzo. Similarmente, la aplicación del principio de una compensación justa impone a un costo modesto muchas limitaciones necesarias al abuso de poder del Estado y nos permite alcanzar un responsable punto medio entre la dominación política y la anarquía total.

### APLICACIÓN DE IMPUESTOS

Los argumentos para usar el principio de compensación justa para restringir la regulación estatal se aplican con igual fuerza en el área tributaria. Después de todo, un impuesto es solamente una amenaza de expropiar una propiedad específica salvo que su propietario pague cierta porción de sus ingresos o de su riqueza al gobierno. La razón de ser de los tributos, en este complicado y extenso mundo, es que nunca podemos lograr consenso unánime acerca de la financiación de los servicios públicos necesarios, tales como la defensa nacional y el mantenimiento de la ley y el orden. La misma forma de necesidad que fortalece el control del monopolio —un problema de coordinación masiva— nuevamente descarta un sistema que permite solo intercambios voluntarios.

El primer objetivo de un sistema tributario es hacer que todos los ciudadanos estén mejor después de pagar sus impuestos que lo que estuvieron antes de ello. Trasladar el principio de compensación justa de los casos de necesidad y regulación a los casos de impuestos provee la clave esencial para entender el sistema. Como una primera aproximación, la organización de un sistema de impuestos debe imitar patrones razonables de regulación, de tal forma que los contribuyentes reciban a cambio beneficios gubernamentales más valiosos que sus contribuciones exactas. Aquí, mientras que los individuos entregan efectivo, el gobierno no da efectivo a cambio, sino que provee un paquete de servicios notoriamente difíciles de valorar entre los individuos y tendientes a ser diferentes en valor para personas que a primera vista parecen estar similarmente ubicadas (dos trabajadores pueden vivir cerca de la carretera interestatal que uno de ellos toma para ir a trabajar y que el otro nunca usa). Sin embargo, cuando la canasta de servicios públicos es extensa y azarosa, los raros desbalances que aparecen en los casos individuales tenderán, a la larga, a balancearse.



Es excesivamente difícil para una corte hacer una segunda apreciación del proceso político para decidir si el público —esa gran suma de individuos separados— exige o necesita algún conjunto particular de servicios. De la misma manera, es imposible adjuntar un metro a los cráneos de los ciudadanos esperando medir los beneficios que reciben, ya sea desde los gastos en general del gobierno o desde alguna apropiación particular. La incapacidad de medir beneficios y cargas directamente, sin embargo, no obliga a dejar de lado el escrutinio constitucional para con los impuestos, ni mucho menos para con la regulación del Estado. El principio de una compensación justa, con su corolario de impacto proporcionado, es capaz de crear correctos incentivos institucionales para la aplicación de impuestos: permite coordinarlos y crea beneficios. Por medio de esta simple prueba, los jueces podrían reducir el flujo de transferencias implícitas que ocurren cuando las cargas se orientan en una dirección mientras que los beneficios se orientan en otra. La necesidad de prorrateo conduce rápidamente a impuestos simples sobre ingresos, transferencias y propiedad. Ya no es posible aislar aeropuertos, gasolina, hoteles, joyería, casas de cuidado de niños, bebidas no alcohólicas o hasta cerveza y tabaco para impuestos especiales, sin mostrar que sus usos tienen correlación con la creación de algunos daños externos. Cuando la gente sepa que imponer impuestos sobre sus vecinos es imponer impuestos sobre ellos mismos, su apetito por impuestos más grandes y más complejos se reducirá. El limitarse a impuestos planos no impone, ni debería imponer, exigencia explícita alguna en los niveles generales de gasto público. Sin embargo, ello elimina muchas de las oportunidades de gastar capital político para obtener beneficios partidarios. Los impuestos simples responden bien a las dos pruebas de cualquier sistema legal: los costos de administración son bajos y los incentivos para una conducta política responsable son grandes.

Actualmente, el principio de imposición proporcionada descansa en el desván constitucional. Liberadas de cualquier exigencia externa, las legislaturas buscan el interminable juego de impuestos especiales antes mencionados, sin la más pequeña preocupación por emparejar beneficios con gastos. El proceso cae rápidamente fuera de control a la vez que los grupos de interés están trabados en luchas inútiles para obtener ventajas para sus partidarios. La aplicación de un impuesto selectivo al consumo (uno que se mida por la cantidad vendida, no por el precio) sobre el agua embotellada, las bebidas alcohólicas o los refrescos podría muy bien requerir la reprogramación de todas las máquinas registradoras en la ciudad, frecuentemente a un costo de miles de dólares. Un cambio en el nivel de impuesto general a las ventas reduce ese costo y limita las interminables rondas de intriga política. Sin embargo, los impuestos selectivos se han convertido en la moda, aunque el patrón de menor resistencia política frecuentemente conduce a un estancamiento económico.

Un régimen constitucional de impuestos simples no resuelve todos los problemas. No obstante, la pregunta relevante no es cómo alcanzar la perfección sino cómo lograr mejoras, y esta es un área en la cual la simplificación masiva tendría que tener consecuencias sociales y económicas deseables. Ninguna forma de actividad coercitiva del gobierno debería evaluarse bajo la presunción de que es correcta. El principio es universal: en cualquier lugar que el gobierno actúe, tendrá que mostrar si combate algún mal reconocido o si provee compensación en efectivo o en especie a aquellos a quienes aplica impuestos o regulaciones.

En este punto, hay un sentido en el cual el sistema de reglas simples es completo. Comienza con derechos bien definidos para el trabajo y talento individuales. Agrega a eso un fuerte sistema de derechos de propiedad que permite el uso inteligente de los recursos naturales y facilita las ganancias a partir del comercio en los mercados competitivos. Las reglas de contratos organizan intercambios y las reglas de protección aseguran que la propiedad no se convierta en un palo de golf con el que los individuos golpeen, contaminen o difamen a sus vecinos. Los principios de necesidad y de compensación justa son, no obstante, dos caras diferentes de la misma moneda; ambos permiten una respuesta social correcta al problema de coordinación sin patinar sobre los derechos de aquellas personas cuyos recursos se necesita para propósitos sociales pero cuyo asentimiento no va a producirse.

Si nos mantenemos firmes con los seis principios que he esquematizado, el nivel total de complejidad se reducirá y los recursos serán liberados de las multitudinarias confusiones legales impuestas a ellos por miles de directorios, oficinas, regulaciones y controles. Por supuesto, nadie puede diseñar un sistema que no difunda una buena parte de casos complicados: los hechos tienden a volverse complejos. Tampoco pueden evitarse todos los asuntos complejos: aun una óptima política antimonopólica deja sin resolver algunas dificultades genuinas. Pero, inclusive con estas disputas y áreas grises, las reglas simples nos ayudan a avanzar. Las regulaciones complejas para un mundo complejo son una invitación al desastre. No obstante, eso es lo que tenemos en la actualidad, cuando todos los jugadores contratan sus asesores expertos, analistas políticos y otros sofisticados abogados, tanto para jugar un póquer de alto riesgo como para negociar sus tratos políticos. A lo largo del mundo, miles de millones de dólares circulan en pagos transferidos entre grupos de interés, minando la moral y desangrando a las energías productivas. El éxito en la política da al ganador tanto un retorno alto como un trabajo honesto, pero impone costos pesados a los perdedores, que son inconcebibles en un sistema de comercio. John F. Kennedy dijo hace mucho tiempo que una marea creciente levanta a todas las embarcaciones. Lo que debemos tratar de hacer es asegurar una productividad general que se incremente mediante la reducción de las complejidades legales que impiden su crecimiento. Este logro será imposible si la industria de producción de leyes es la más robusta de todas.



## LA REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS Y RIQUEZA

### Los peligros y tentaciones de la redistribución

La elaboración de los principios de la expropiación y, ciertamente, de las seis reglas ha prestado muy poca atención a uno de los más salientes temas de la vida social en los Estados Unidos y en cualquier otra parte: la redistribución del ingreso y la riqueza por medio de la acción del Estado. Las cuatro reglas iniciales están diseñadas para establecer un sistema de fuertes derechos individuales en personas y propiedades, y para facilitar intercambios voluntarios que dejen a todas las partes mejor que antes. Las subsecuentes discusiones de necesidad, dominio eminente y tributación marcaron así un retroceso estratégico a partir de una fuerte posición libertaria que impone obligaciones sobre los individuos solamente a causa de una conducta indebida (sea esto por romper una promesa o por causar un daño). Las reglas de necesidad, tributación y dominio eminente no están diseñadas para redistribuir ingresos o riqueza de los ricos a los pobres, ni a lo largo de otro eje, como el de los residentes de las ciudades a los agricultores o viceversa. En lugar de eso, todos estos principios están diseñados para superar los problemas de coordinación que bloquean las soluciones sociales deseables. En principio, el modelo no deja espacio para el alto grado de discreción política que rutinariamente se ejerce en cualquier sistema de redistribución. En lugar de ello, idealmente, la tasa de retorno que se recibe por cada ciudadano se hace, en la medida de lo posible, proporcional a su inversión en el riesgo social común. La estrategia general es dirigir tanto esfuerzo como sea posible para mejorar el bienestar social, evitando así, por lo tanto, innecesarias disputas sobre la distribución del excedente.<sup>7</sup>

Usar al gobierno para maximizar el tamaño total del pastel que se repartirá, sin alterar el tamaño relativo de sus tajadas, ofrece un programa completo para la acción política y social. Sin embargo, este plan rechaza acomodar el enorme impulso social que actualmente apoya la redistribución de riqueza, aun a costa de una disminución en el tamaño del pastel. Incluso la defensa más cerrada de la redistribución, en abstracto, no implica un compromiso para los programas de redistribución que están actualmente activos. En consecuencia, no es claro por qué los agricultores deberían subsidiar a los consumidores; los consumidores, a los agricultores; los consumidores, a los sindicatos; los pacientes, a los médicos; los médicos, a los pacientes; los contribuyentes, a los estudiantes; o algún equipo de negocios, a otro. La libertad con la cual se crean los programas de subsidio y regulación es indicativa de un mundo en el cual la redistribución ha avanzado violentamente, cuanto ha podido. ¿Qué razón hay para una redistribución que fortalezca los privilegios de los más favorecidos y de los entendidos en política a costa de los pobres y de los no iniciados en el tema?

---

<sup>7</sup> EPSTEIN, Richard A. *Bargaining with the State*, 1993.



Incontables programas de redistribución tienen estos perversos efectos, pero la redistribución de ingresos o riqueza de los ricos hacia los pobres se apoya en un reclamo considerablemente más grande en la conciencia social y no puede ser ignorado. Aunque se han desarrollado muchas teorías para explicar el «sentimiento redistributivo», en el fondo este descansa sobre *una* poderosa percepción: una unidad de riqueza es más valiosa para una persona pobre que para una rica. En consecuencia, se piensa que tomar riqueza del rico y darla al pobre incrementará la *utilidad* social general si la riqueza permanece constante. En principio, la redistribución puede incrementar la utilidad aunque ello reduce el monto total de la riqueza social. Detrás de esta visión, yace la idea de que es posible hacer comparaciones sociales entre los beneficios de riqueza de diferentes personas para hacer comparaciones interpersonales de utilidad. Aunque los rigurosos economistas no están muy de acuerdo con la habilidad conceptual de cualquier persona para hacer estas comparaciones subjetivas, el hecho es que estas se realizan rutinaria y confiadamente: si alguna inhabilidad conceptual bloquea el proceso, nos faltarían recursos para explicar los enormes números, y la dirección predecible, de actividades voluntarias de caridad que son un tema común en todas las sociedades organizadas. Solamente la tributación —no la caridad— se mueve de los pobres a los ricos.

Un vasto trecho, sin embargo, separa todavía al sistema de redistribución voluntaria del sistema de redistribución impuesto por el Estado. El sistema anterior es perfectamente consistente con el juego básico de reglas desarrolladas hasta ahora, porque las donaciones voluntarias deben protegerse tanto como los intercambios voluntarios. El donatario se beneficia claramente de ellas y, si el donante las consideró autodestructivas, solo necesita dejar de darlas. Las ganancias privadas entre las partes consensuales son claras y es difícil ver cómo alguna podría perder. Sin perdedores, nadie estaría en una posición de vetar estas transacciones más que lo que uno podría vetar los intercambios voluntarios de otros. Aun así, la ejecutoriedad legal de las donaciones es el menor de los problemas del donante, especialmente cuando nos movemos fuera de la obvia clase de las liberalidades interfamiliares. Mientras más aumenta distancia social entre el donante y el receptor, se vuelve más difícil discriminar los receptores merecedores del regalo de los operadores que están exprimiendo del sistema todo lo que pueden.<sup>8</sup> Tampoco es fácil determinar la forma apropiada o el monto de la transferencia: ¿acaso la transferencia es en efectivo, en especie o en cupones de comida?, ¿puede gastarse en cualquier lugar, en cualquier momento? Los juzgamientos necesarios en esta instancia no pueden apoyarse en cualquier patrón inflexible del nivel de apoyo, porque mucho depende tanto de la riqueza del donante como de la necesidad del receptor. Aun los

---

<sup>8</sup> Para algunas precauciones contra el abuso, véase OLASKY, Marvin. *The Tragedy of American Compassión*, 1992.

defensores de los programas de asistencia voluntaria se preocupan de los efectos de incentivos y constantemente buscan niveles y formas de apoyo para beneficiar a aquellos que lo necesitan, sin minar su voluntad de hacer labor productiva. Los donativos cabales, sin otros motivos adjuntos, no se hacen casi nunca, ni siquiera por donantes generosos. Las formas especializadas de asistencia, los programas de entrenamiento y los servicios de ayuda están a la orden del día.

Las dificultades que amenazan a la redistribución voluntaria son en gran medida autocorregidas, porque si un programa falla persistentemente, sus defensores eventualmente lo abandonarán. La precaria naturaleza de la donación es una de las características que la hace más efectiva. Aun así, esta es también la característica que la somete a una crítica sostenida por aquellos que creen que los individuos tienen un derecho afirmativo para recibir ayuda que debe ser asegurado mediante la intervención y garantías del gobierno. Los sistemas de bienestar público son, en muchas instancias, incapaces de funcionar tan bien como los sistemas privados a los que estos desplazan. Los contribuyentes reclaman la supervisión de los funcionarios públicos, y sus cargos desplazan los muchos sistemas informales de control disponibles en muchos esfuerzos de caridad. En lugar de eso, los programas de bienestar público deben descansar en burócratas impersonales, sujetos siempre a normas y pruebas que son completamente dependientes de formas no documentadas de conocimiento y sentido común, sin importar cuán confiables sean. En la práctica, es muy difícil convertir el impulso moral restringido a la asistencia y apoyo en una administración detallada y comprensiva del programa.

Estos problemas, sin embargo, van más allá de la especificación de los receptores de bienestar y de los niveles de beneficio. Los sistemas públicos de redistribución sufren a partir de desventajas preestructuradas que no pueden eliminarse por un planeamiento cuidadoso. Estos programas tienen poco alcance tanto en sus términos de costos administrativos como en sus efectos de incentivos. Primero, es difícil dar dinero, mercancías y servicios a los pobres. Muy frecuentemente, los grupos poderosos de intereses toman ilegalmente porciones sustanciales de los ingresos del nivel alto. Incluso, cuando la redistribución se canaliza hacia las personas apropiadas, el Estado incurre en grandes costos administrativos en la supervisión de la conducta de los que reciben, una tarea que requiere extensivos recursos humanos y se inclina al husmeo.

Peor todavía, los incentivos para la producción bajo las leyes redistributivas son obstruidos necesariamente tanto por los que pagan los impuestos como por los que reciben los beneficios. Los impuestos redistributivos reducen el retorno de los individuos productivos y, a partir de ello, reducen su nivel general de producción. El espectro de la redistribución (con fines que ellos no pueden controlar) también los anima a combatir nuevos impuestos que no les den beneficios, directos o indirectos. En abstracto, es difícil decir cuán grandes son estos efectos de desincentivo, pero es improbable que



sean irrelevantes como para descartarse y mucho más probable que sean sustanciales. Efectos de incentivos similares funcionan para los receptores. Esta circunstancia hace más rentable usar el efecto político para obtener apoyo que dedicarse a la labor productiva.

La redistribución también tiende a dirigir esfuerzos inútiles para desaparecer la pobreza, ya que la demanda de servicios redistributivos siempre supera su provisión. Consecuentemente, no podemos asumir que el número de personas que necesitan ayuda vaya a ser constante sin importar qué régimen legal haya sido introducido para apoyarlas. La reciente experiencia con los mendigos en Nueva York ha llevado a ampliar la frustración y la desilusión pública. Las buenas intenciones y los fondos públicos son insuficientes para asegurar, o aun promover, el éxito de los programas de bienestar. El esfuerzo por proveer un trato más humano a las personas desposeídas ha incrementado el número de desposeídos, porque los incentivos marginales para que la gente se cuide por sí misma se redujeron de todas las formas cuando otras personas exhibieron una ansiosa voluntad de asumir esa responsabilidad. Las fuerzas del interés individual son algunas veces más fuertes, incluso más fuertes que las fuerzas del respeto a uno mismo. Si el Estado provee beneficios de bienestar en exceso sobre los niveles de salarios, cierta cantidad de personas van a decidir no trabajar. El principio del «azar moral» (los resultados adversos que se afirman probablemente ocurrirán) típicamente opera con fuerza subestimada en los programas de ayuda colectiva: mientras más se otorga, mayor es la cantidad de personas que va a necesitarla. Las formas de inconductas fácilmente reconocidas en las actividades de políticos, personas de negocios y profesionales para aumentar sus ingresos son también practicadas por los pobres y sus defensores. Nadie es inmune a las tentaciones que solo el gobierno puede volver disponibles.

### La técnica de la redistribución

Puede ocurrir que estos obstáculos sean tan insuperables que tuviéramos que contemplar un desmantelamiento radical del estado de bienestar, sobre la simple base de que el Estado nunca puede entregar lo que promete. Sin embargo, yo no pretendo aquí insistir en una propuesta tan categórica. En lugar de eso, quisiera presumir que cierto nivel de redistribución es socialmente apropiado y entonces hacer la pregunta acerca de los medios: ¿cómo se implementaría ese sistema, dado que no puede ser manejado por estas seis simples reglas?

La primera aproximación es buscar distribuir la riqueza alterando las reglas tercera y cuarta, es decir, aquellas que se relacionan con la protección de la libertad o propiedad, o de la relación de intercambio. En ese sentido, se gasta una gran cantidad de esfuerzo en la actualidad. En realidad, este es un gran error, porque lo que se produce es una valiosa redistribución en la dirección deseada pero a niveles insuficientes. Una



vez que la gente se percata de lo que está ocurriendo, aprende a evitar o atenuar las consecuencias de la restricción legal. Consecuentemente, cualquier esfuerzo, como la intención de redistribuir riqueza mediante un salario mínimo legal (que redistribuye a partir de los pobres que están debajo del nivel a aquellos que están justo por encima de él), tiende a tener efectos perversos. Evidentemente, el desempleo se incrementará porque los empleadores cortarán salarios, ya que los salarios altos disminuyen su retorno. Sin embargo, incluso aquí la reducción del empleo (típicamente estimada en 0,15 o 0,25 por ciento de cada porcentaje de incremento en el salario mínimo) subestima el nivel agregado de respuesta privada al salario mínimo.<sup>9</sup> Adicionalmente, ocurren movimientos en otros márgenes: los turnos partidos para los trabajadores reemplazarán los turnos corridos que previamente tuvieron; las tareas en el trabajo pueden volverse más onerosas; los beneficios adicionales por fuera de los salarios pueden disminuirse disimuladamente; y el entrenamiento en el trabajo puede restringirse. El objeto del contrato de trabajo es maximizar beneficios conjuntos entre las partes. La ley del salario mínimo, con su impulso redistributivo, busca imponer costos en un lado de la relación, pero ignora la respuesta privada al desafío y perjudica al final a ambos lados. Los sistemas de control de precios revelan el mismo patrón persistente de escasez, intrigas y demoras. Simplemente, no es posible justificar sistemas ineficientes de regulación por sus ostensibles beneficios redistributivos.

Un segundo camino para la redistribución es el que propone varios sistemas de beneficios obligatorios. Se ha vuelto algo común para el gobierno insistir en que los empleadores provean a todos sus trabajadores de ciertos paquetes, tales como seguros de salud, como una condición del empleo. Similarmente, el control de los alquileres requiere que los arrendadores provean un subsidio implícito a sus inquilinos, permitiéndoles renovar sus contratos indefinidamente, con rentas inferiores al precio de mercado. En cuanto a las regulaciones del gobierno federal requieren ahora frecuentemente que los gobiernos locales proporcionen programas especiales de educación, facilidades públicas para los discapacitados y, más importante aún, beneficios médicos para los pobres. Inclusive cuando los fondos federales estén destinados a la tarea, son insuficientes para cubrir el costo de las obligaciones que el Congreso ha decretado. La característica común de todos los programas de beneficio obligatorio no se basa en la naturaleza de los beneficios decretados. Más bien, se basa en la técnica de financiamiento a partir del presupuesto que se usa para proveer esos beneficios: el cuerpo legislativo que dicta el gasto no toma a su cargo el costo completo. La redistribución ya no representa un reconocimiento colectivo de una responsabilidad social colectiva. En lugar de eso, una mayoría política (una compleja coalición de por

---

<sup>9</sup> Véase MCKENZIE, Richard B. *The Great American Job Machine*, 1988.

sí) requiere que el grupo «A» provea beneficios al grupo «B». Este es, como dijo Leo Durocher, un caso de «peleemos tú y él». La separación de la responsabilidad financiera y el control político conduce inexorablemente a un nivel excesivo de beneficios y a programas pobremente diseñados.

Con el objeto de contrarrestar estas dificultades, la séptima regla simple toma entonces una forma condicional: *si debe* haber redistribución pública, entonces tiene que ser financiada a partir de los ingresos generales obtenidos del mismo grupo de individuos que vota para que se ponga en marcha el programa. Si el gobierno quiere subsidiar un seguro de salud, entonces que lo haga con el presupuesto. El gobierno puede dictar impuestos generales y así dar a los empleadores suplementos para balancear los costos adicionales que ese programa genera. Si el gobierno quiere tener un programa de control de alquileres, puede usar ingresos de impuestos generales para alquilar apartamentos de propietarios a precios de mercado y enseguida realquilar esos apartamentos a precios por debajo de los del mercado a la clase de inquilinos que intenta favorecer.<sup>10</sup> Ahora, la diferencia entre el mercado y el precio de los alquileres se hace explícita, y se coloca en los registros abiertos al público. Si el gobierno quiere proveer un seguro de salud a las víctimas de SIDA, puede efectuar licitaciones competitivas entre empresas que proveen seguros para ver cuál proveerá la cobertura requerida al precio más bajo posible. Los subsidios explícitos tenderán a debilitarse más al encontrarse a la luz del escrutinio público.

Algo más que una simple distribución del impuesto está en juego al escoger el método de financiamiento. Cuando los gastos se hacen públicamente, por medio de un proceso de presupuesto, el público puede tomar una mejor decisión, informado de los costos y beneficios del programa. La ignorancia racional de las conductas del gobierno se convierte en una política menos deseable de seguir para los individuos ordinarios. Ahí donde todas las personas tienen que pagar, es más difícil para una mayoría política desviar los costos de algún programa de beneficios hacia grupos que son incapaces de protegerse por sí mismos por medio del proceso electoral. El mecanismo de retroalimentación, en consecuencia, reduce el nivel de redistribución que se realizará e incrementa la posibilidad de que solo aquellos programas que gozan de fuerte apoyo público puedan sobrevivir.

Pero aún con el apoyo público, la redistribución tiene que ser financiada. Alguna parte de ella podría sin duda financiarse por impuesto simple, que es un impuesto proporcional al ingreso; sin embargo, es también probable que se busquen ingresos adicionales. Aquí es imperativo evitar la proliferación de impuestos especiales que caigan sobre ciertos grupos o actividades, porque esos impuestos también divorcian el control político de la responsabilidad financiera. No obstante, la pregunta más difícil

---

<sup>10</sup> Véase *San José v. Pennell*, 485 U.S. 1 (1988).



es si una vez que se admite la redistribución dentro del sistema, debería ser financiada por impuestos simples o progresivos.

Hay tres ventajas para el impuesto simple: primero, elimina una dimensión destructiva de la discreción política que siempre existe con el impuesto progresivo. El impuesto simple da al gobierno un margen de discreción sobre cuánto ingreso tomar para sus compromisos presupuestales (incluyendo la redistribución), pero no le da espacio para escoger la forma del impuesto. La tributación progresiva permite al gobierno determinar tanto el monto del impuesto como su incidencia. No hay un impuesto progresivo único; hay solamente una *familia* de impuestos que comparten la característica de tasas marginales crecientes. El sistema podría distorsionarse fuertemente para permitir escalas de impuesto de hasta 90 por ciento del impuesto, como ocurrió en los Estados Unidos durante las décadas de 1950 y 1960, y continúa en muchos países europeos actualmente. O su más alta escala podría ser alrededor del 30 por ciento, como fue el caso durante los años de Reagan. No hay una teoría fuerte que indique cuál es el programa óptimo. Si la progresión es muy pronunciada, el total del ingreso sujeto al impuesto se contraerá, dado que no hay incentivos para la producción. Si la tasa de progresión es gradual, el ingreso base permanecerá intacto, pero los impuestos adicionales recaudados serán pequeños. Todo lo que puede decirse con certeza es que el control del gobierno sobre las tasas introduce un nivel de discreción política y lucha de clases, cuyos efectos en la producción total de riqueza son probablemente negativos. Efectivamente, si se adopta una tributación progresiva, sería mejor limitar la diferencia entre la más baja y la más alta escala mediante una enmienda constitucional. Es mejor que un programa progresivo sea arbitrario y fijo que meramente arbitrario.

La segunda más importante desventaja del impuesto progresivo radica en sus costos administrativos. Un ingreso de 100 mil dólares en una persona produce obligadamente un impuesto que es mucho más grande que si el mismo ingreso fuera compartido por dos personas distintas ubicadas en una escala de impuesto más baja. Este hecho hace necesario supervisar una amplia variedad de transacciones (donaciones, poderes, participaciones familiares, incorporaciones, intercambios) para determinar si el fruto se tributa del árbol en que ese fruto creció. El incentivo para falsear la fuente de ingreso tributable se desecha si no hay ganancia privada al asignarlo a una fuente ficticia. Una gran porción del *Internal Revenue Code* está incluida solamente para que se efectúe una supervisión alrededor de la progresividad. De manera similar, tienen que hacerse autorizaciones para el recibo del ingreso. Si usted gana 100 mil dólares por año durante dos años, el impuesto es más bajo que si ganará 200 mil dólares en un solo año. Como resultado, las normas tributarias tienen que hacer provisiones para promediar ingresos y reducir el perjuicio impuesto cuando un período contable anual da una falsa impresión de riqueza individual. El resultado es otro conjunto de provisiones complejas de efectuar.



La tercera mayor desventaja proviene de los efectos de incentivos del impuesto. Las escalas marginales más altas significan menos producción de la gente más productiva. Este hecho supone que las parejas casadas (cuyos ingresos han sido agrupados bajo utilidades conjuntas) enfrentan desincentivos cuando el segundo productor de ingresos, usualmente la esposa, busca regresar al mercado de trabajo. Estas escalas también llevan recursos hacia elaborados esquemas para evitar el impacto de los recaudadores de impuestos. Al final, la tributación progresiva enfrenta esta paradoja. Seguramente, una mejor manera de financiar redistribución antes que cualquier acomodación directa es hacerlo con las reglas comunes de propiedad, responsabilidad civil extracontractual y contratos. Es también superior a cualquier sistema de beneficios obligatorios o impuestos especiales que pueden darse para financiar la redistribución. Aun así, este sistema tiene costos propios que no pueden ser ignorados en ningún cálculo social. Puede haber redistribución, pero sus efectos deben ser moderados, colocando algunas restricciones en los modos de recaudación aun si pocos se imponen en métodos de desembolso. En concordancia con ello, la séptima regla simple, aquella respecto de la distribución del ingreso, asume su forma final: todo programa redistributivo debe ser financiado por impuestos simples.

TERCERA PARTE  
LAS REGLAS EN ACCIÓN





## CAPÍTULO 8

### Contratando trabajo

ALREDEDOR DEL MUNDO, la regulación de los mercados de trabajo ha creado un edificio legal de asombrosa complejidad. Las leyes de protección abarcan cada aspecto del tema: salud, seguridad, salarios, pensiones, sindicación, contratación, ascensos, despidos, renunciaciones, jubilación, discriminación, acceso al empleo e incapacidad. Los múltiples sistemas de regulación vigentes a menudo funcionan cada uno en contra de los otros. Los sindicatos, por ejemplo, pueden estar protegidos bajo la ley de negociación colectiva, a la vez que son sujetos a demandas bajo las leyes contra la discriminación. La ley diseñada para preservar el acceso de los minusválidos al trabajo hace más difícil contratar y ascender a miembros de grupos minoritarios, porque agota los recursos que de otro modo estarían disponibles para esos programas. La protección de ambos funcionará típicamente en perjuicio de los extranjeros (ellos mismos frecuentemente minorías), quienes, al no tener derecho a voto, tienden a tener desventajas en los mercados políticos en relación con los económicos.

La cantidad de regulaciones, decisiones y casos en cada uno de estos cuerpos legales requeriría de un tratado para ser estudiados plenamente, pero aun la más meticulosa exposición revelará el gran margen de discreción que se deja en los intersticios del sistema. La responsabilidad rara vez descansa en reglas claras que puedan conocerse por adelantado y ser confiables para los empleadores y los trabajadores a la vez. Por el contrario, hay grandes expresiones que hacen a la responsabilidad variar al no hacerse un «acomodamiento razonable» (excepto en casos de «trato indebido»), o probarse un «motivo indebido» o por ser imposible de demostrar «causa justa» para el despido. Sin embargo, los conceptos cruciales en los que descansa la responsabilidad no se ponen en operación fácilmente, incluso para dar ejemplos. Por el contrario, muy frecuentemente, son una invitación abierta a volúmenes de regulaciones oscuras que crean al menos tanta confusión como la que resuelven. Así, el Federal Register contiene hoy en día resmas de material en varias formas de leyes contra la discriminación: se trata, en todos los casos, de nuevas ramas del Derecho, inferiores a las reglas clásicas de contratos que consciente y sistemáticamente desplazan.

Frente a esta desconcertante complejidad, no podemos estar de acuerdo con ninguna presunción de legitimidad del *statu quo* actual, que ha sido creado por un conjunto elaborado de compromisos legislativos y tratos políticos. Este se ha alimentado por la percepción de que los empleadores dictan los términos del trabajo de sus empleados en su búsqueda del punto más bajo irrefrenable, pero al mismo tiempo son tan irracionales, tan presas de lo arbitrario, de los caprichos y los prejuicios, que no se les puede dejar definir las reglas del trabajo en sus propios centros de trabajo. De seguro, la adopción del actual sistema de acuerdos legales no se ha conducido por ningún examen sistemático de los primeros principios. La ley actual puede englobar el conjunto correcto de respuestas sociales; pero, si lo hace, lo hace por casualidad. El actual régimen legal no se ha legitimado por una larga y armoniosa tradición de interacción voluntaria. No es el resultado de un orden acostumbrado o espontáneo. Por lo mismo, es demasiado peligroso y demasiado propenso a dejar de lado la estructura actual, dado su origen dudoso y la incontrolada complejidad que se ha convertido en su signo distintivo. El enfoque prudente es ver la ley laboral sin el beneficio de ninguna presunción favorable a un lado o al otro.

En este capítulo, aplicaré las reglas simples a la regulación de los mercados de trabajo. Para este proyecto, las primeras cuatro reglas basadas en la autonomía son suficientes para organizar el campo, porque no hay situaciones de necesidad, ni pública ni privada, que justifiquen un sistema de intercambios forzados o de restricciones sobre los voluntarios. La aplicación fiel de estos cuatro principios ofrece, en mi opinión, la clave para la simplificación radical de la legislación laboral. Los costos administrativos adicionales que han impuesto los actuales sistemas de regulación se utilizan para lograr un ordenamiento legal que interfiere con la libertad individual de elección y con el uso social productivo de los recursos humanos. Y estos costos administrativos mayores crean incentivos económicos inferiores. Al final, esta marea en ascenso amenaza con hundir todas las embarcaciones.

## ELECCIÓN PRIVADA Y REGLAS SUPLETORIAS

Hasta el momento, he celebrado el poder de unas pocas ideas simples para explicar elaborados acuerdos sociales y he adoptado, consistentemente, la visión del observador social, excluyendo la del participante en el mercado. Sin embargo, hay otra tarea relacionada con la primera que requiere que baje de mi atalaya de abogado-economista y asuma el papel de un participante del mercado. Con esa capacidad, ¿por qué contrato debería decidirme, dada la maravillosa libertad que me ha permitido la ley? En este punto, la interrogante cambia de dirección, de la libertad contractual se pasa a estrategia de contratación: ¿cómo se celebran los contratos de trabajo entre las personas con intereses individuales y otras personas también con intereses individuales?

Más concretamente, ¿qué clase de dispositivos usan y deberían usar las partes contratantes para asegurar que los acuerdos aceptados de buen grado hoy permanezcan viables y aceptados a lo largo del tiempo? Si A hace su trabajo antes, y B se queda al final tanto con el dinero como con los servicios, para luego darse vuelta y desaparecer, entonces no tenemos un contrato que cree obligaciones recíprocas en ventaja mutua. En lugar de eso, el incumplimiento de B, después del cumplimiento de A, no resulta ser nada más que una refinada especie de apropiación ilícita. Conociendo previamente este riesgo, una parte prudente va a buscar estrategias para asegurar que los contratos diseñados en mutuo beneficio no generen utilidades para una parte y pérdidas para la otra. El problema de asegurar el funcionamiento de los contratos se mantiene crítico, aun después de que el régimen legal está comprometido con el principio de libertad de contratación.

Un régimen exitoso de contratación debe también superar un segundo obstáculo. El número de permutaciones posibles bajo un contrato de empleo entre A y B es muy grande. Hay toda clase de tortuosidades súbitas e imprevistas en el camino y frecuentemente es imposible o demasiado costoso especificar previamente la manera de resolverlas. Es muy caro negociar cada contingencia para cada término del contrato. Muchos de esos gastos serán desperdiciados porque muchas de las contingencias remotamente posibles nunca van a ocurrir. E incluso si todas las contingencias recibieran un tratamiento competente y completo, es probable que los cambios en las circunstancias hagan, a pesar de todo, necesaria una renegociación.

A la luz de este conocimiento persistentemente imperfecto, gran parte del trabajo del *common law* es desarrollar un conjunto de previsiones supletorias diseñadas para imitar lo que una persona típica o modelo, en un determinado rol, podría desear bajo cierta clase de circunstancias. Puede alcanzarse a dar forma al conjunto de previsiones supletorias refugiándose en las útiles abstracciones de A y de B. Ahora, es necesario diseñar (o adquirir) —sobre una base empírica poderosa en un comercio o negocio— y apoyarse en un inteligente sentido de teoría económica para predecir cómo discutirán sus términos, en general, las partes racionales contratantes en ciertos roles característicos (empleador y empleado, comprador y vendedor, arrendatario y arrendador, prestamista y prestatario). Algunas veces hay conflictos implícitos entre lo que la práctica acostumbrada requiere y lo que la teoría económica predice, y es muy difícil escoger entre ellos. Pero en vez de subrayar las situaciones difíciles en las que los rivales están en tensión, es mejor dar un ejemplo de cómo la práctica común y el análisis económico usualmente trabajan en equipo.

El estudio sistemático de las previsiones supletorias ideales da dividendos sustanciales para tratar asuntos generales de regulación y mercados, y este hecho empata bien con el tema general de la simplicidad que yace en el corazón de este libro. Si hay una buena razón para creer que un conjunto de términos supletorios tiene sentido, no hay razón para prohibir a las partes incluir esos términos expresamente como parte de sus



acuerdos. Adicionalmente, hay una buena razón para creer que las reglas simples dentro de un contexto frecuentemente funcionan bien sirviendo los objetivos de reducir costos administrativos y de establecer incentivos deseables para ambas partes. El propósito principal de este capítulo es exhibir que la regla legal común que dispone el contrato a voluntad, así como el contrato supletorio, tiene mucho sentido en los acuerdos laborales en ambos aspectos. En la gran variedad de casos, esta forma contractual es muy superior a las otras formas de contratos de trabajo que frecuentemente se ofrecen; a saber, las reglas impuestas oficialmente, que contienen las demandas por despido indebido y las instituciones legales sobre negociación colectiva. Pero antes de dirigirme hacia una tarea tan fundamental, examinaré la interacción entre las previsiones explícitas y las reglas supletorias en relación con otro tema recurrente en los contratos de trabajo: aquel que gobierna la secuencia de acción entre empleador y trabajador. La clarificación del enfoque en esta área poco polémica hace más clara a la importancia de la libertad de contratación en todas las áreas de las relaciones laborales.

### SECUENCIA DE ACCIÓN

Un problema grave en el momento de la contratación es la secuencia de acción. El contrato ordinario de trabajo genera la pregunta de si el trabajo precede al pago o el pago precede al trabajo. Esta simple interrogante hace aparecer ese exótico y poco valorado cuerpo de la ley de contratos llamado «ley de las condiciones». En un mundo de cambios secuenciales, ¿cómo se determina ese orden de acción? La forma correcta de analizar este asunto es comenzar con la presunción de que cualquier acuerdo expreso entre las partes debe ser respetado. Consecuentemente, si el contrato expresa «pago por adelantado», el trabajo no debe hacerse si el pago no se ha efectuado. En muchos casos, sin embargo, el contrato no dirá nada acerca de la secuencia de acción, en cuyo caso deberá primar la costumbre del negocio, alternativa que, en el ejemplo dado, usualmente exige que el trabajo se haga antes de que el salario acordado se pague.

La función de la regla consuetudinaria es la de seleccionar aquella secuencia de acción que minimiza la posibilidad de un incumplimiento por cualquiera de las partes y, por lo tanto, produce las ganancias más grandes para ambas partes del contrato. En situaciones normales, puede sostenerse un argumento justo y poderoso a favor de un régimen que prescriba que la acción de trabajo se ejecute primero, y el empleador estaría obligado a pagar completamente solo después de la conclusión del trabajo (el asunto de la contratación se pone muy confuso si hay una acción parcial que tiene valor para el empleador, quien sin embargo debe cubrirse a partir de alguna otra fuente). Debería estar claro por qué es deseable tomar este enfoque, aunque expone al trabajador al serio riesgo del incumplimiento por el lado de la otra parte.

Una explicación posible depende de la teoría de explotación que he criticado anteriormente. Puede decirse que el trabajador siempre lleva la parte más endeble en el trato. Sin embargo, creo que esta explicación es errónea, porque hay dos explicaciones más poderosas que son consistentes con la teoría general de contratación para el mutuo beneficio esquematizada antes. Así, una cuestión relevante es la siguiente: ¿por qué camino es mayor el riesgo de *insolvencia*? Si el empleador tiene gran riqueza, entonces esa riqueza funciona para ventaja del trabajador, pues provee un fondo que hace que cualquier transacción privada o decisión judicial sea efectivamente cobrable en la eventualidad del incumplimiento por parte del empleador. No obstante, si el empleador paga a un trabajador que no hace su trabajo, hay un riesgo más grave de que la riqueza del trabajador se gaste antes de que proceso judicial alguno sea planteado por el incumplimiento. Adicionalmente, la compensación del trabajador es fácil de determinar: es la deuda en salarios, pero la pérdida para el empleador es mucho más difícil de medir porque el valor del trabajo que debería haberse realizado no es una suma fija. El sistema de compensación funciona mucho mejor con demandas de empleados que con demandas de empleadores.

La *reputación* también tiene que contemplarse dentro de la ecuación. Frecuentemente, un empleador tiene que estar en el mercado todo el tiempo. Los requerimientos del negocio son tales que esta exigencia no solo significa contratar a A o B o C, sino de contratar a muchos trabajadores al mismo tiempo. Si el empleador tiene una reputación de incumplir sus promesas, el riesgo de negocio que él enfrenta no es tanto el de la ocurrencia de demandas judiciales de trabajadores descontentos sino el de ser incapaz de encontrar gente que desee trabajar sin que se le pague por adelantado o con un salario muy alto. La reputación de ser un empleador en quien no se puede confiar se disemina rápidamente por la comunicación de persona a persona, y eso se traduce rápidamente en pérdida de dólares y centavos. El empleador que enfrenta una pérdida de reputación opera bajo restricciones que no operan tan poderosamente para trabajadores individuales. Irónicamente, mientras más grande es la empresa, más efectiva es la restricción. Entonces, dejar al trabajador con el riesgo legal residual generalmente tendrá sentido, y una alteración en la tasa oculta del salario podría compensar al trabajador por la pérdida residual. Si la secuencia de acción contraria —pague ahora, trabajo después— fuera deseable, esta estrategia podría adoptarse explícitamente para casos particulares o quizá por costumbre de la industria y por la práctica. Para casos aún más complicados, como proyectos de construcción de largo plazo, puede usarse un sistema de pagos progresivos —se paga un cierto porcentaje de efectivo cuando un cierto porcentaje del trabajo está hecho— para compartir los riesgos entre las partes. Sin embargo, la ley no puede crear algo ni siquiera cercano al programa ideal de pago establecido por una regla supletoria y no debería intentarlo. Después de todo, todavía habrá algunos naufragios, aun con la regla supletoria ideal. No obstante, la tasa de



fallas, no el hecho de las fallas, es lo crucial al escoger la norma legal acertada. La tarea es minimizar el riesgo de incumplimiento de contrato, pero ese riesgo nunca puede reducirse a cero, sin importar cuán ingeniosas sean las estrategias contractuales.

## EL CONTRATO A VOLUNTAD

La base lógica del cumplimiento secuencial en los contratos es, considero, aceptada muy ampliamente en la actualidad. Una aplicación mucho más polémica del mismo enfoque general aparece en conexión con el así llamado contrato a voluntad.<sup>1</sup> Básicamente, lo que un contrato a voluntad dice es que ninguna parte necesita ofrecer una justificación pública para la conclusión de una relación contractual. El empleador puede despedir a un trabajador sin dar justificación alguna. Solo es necesario decir: «usted está despedido». A manera de contrapeso, y es una forma crucial de hacerlo, si un trabajador no quiere permanecer en el empleo, tampoco necesita dar una larga explicación. Todo lo que tiene que decir es: «me voy», y la relación está inmediatamente terminada.

La regla es, por cierto, una regla simple, pero actualmente sufre una prolongada oposición, debido a que el tema legal central que enfrentan legisladores y cortes es si un contrato de esta clase debe permitirse. Hay, en efecto, una escuela de pensamiento que generalmente postula que la elección privada debe ser siempre reducida, de tal manera que la única opción social sería la de si ciertas prácticas deberían prohibirse o requerirse. No habrá nada que las personas estén directamente permitidas de hacer. Pienso que es necesario escapar de esta doble atadura y reconocer que, mientras un contrato a voluntad puede no ser apropiado en muchas circunstancias, habrá todavía muchos casos, la mayoría de casos, en los que sea esa la solución que confiera el mayor valor tanto para el empleador como para el trabajador.

Como antes, no debemos hacer este juicio basados en la creencia inocente de que nunca habrá una catástrofe, porque ocurrirán casos (y esos son los que más probablemente se llevarán a una corte) en los cuales los resultados obtenidos bajo un contrato a voluntad parecerán desafortunados e injustos. Sin embargo, hay enormes riesgos en tratar de acondicionar toda la ley de contratos para anticiparse al caso ocasional de un desastre. Simplemente, es imposible prohibir por adelantado el contrato a voluntad únicamente en los casos en los que no funciona. No tenemos el lujo de la posibilidad de una visión por adelantado del momento de formación del contrato. En lugar de

---

<sup>1</sup> Para mi defensa, véase EPSTEIN, Richard A. «In Defense of the Contract at Will». *University of Chicago Law Review*, vol. 51, 1984, p. 947. Para una revisión comprensiva de la literatura que exige una intervención, véase WEILER, Paul C., *Governing the Workplace: The Future of Labor and Employment Law*, 1990, pp. 49-103.



eso, será necesario alterar completamente el Derecho Contractual y crear un ambiente legal que haga más difícil a los buenos empleadores y a los buenos trabajadores estructurar sus relaciones. Una injusta ley laboral que regule despidos es siempre intrusiva porque expone cada decisión, en los mercados de trabajo, a una segunda apreciación por una corte o una entidad administrativa.

Entonces, ¿cuáles son las ventajas del contrato a voluntad? Paradójicamente, la primera es que, a pesar de su naturaleza aparentemente precaria, el contrato proporciona a ambos lados una obligación *asegurada*. El punto suena extraño, dado que un lado puede retirarse y el otro puede despedir sin explicación alguna. Para la mayor cantidad de personas, la idea de seguridad significa una obligación a futuro o una ligazón a algunas formas de propiedad; la amortización de una casa es quizá el ejemplo más familiar. Sin embargo, es apropiado expandir nuestros horizontes en este punto. El empleador que decide despedir a un trabajador tiene que pagar un precio, es decir, no podrá obtener en adelante los beneficios de la labor de ese trabajador. En la posición inversa, el trabajador que decide renunciar no seguirá manejando su salario. Cada obligación es prisionera de la otra. Antes de renunciar o de despedir, se tiene que hacer una difícil decisión acerca de si el beneficio que se está dejando ir vale lo mismo que el trabajo o los salarios que no se entregarán. Pero una vez que esta hecha la decisión de terminar el contrato, la seguridad en el otro lado se percibe instantáneamente, sin las formalidades y demora de los procedimientos de cierre. El trabajador recobra instantáneamente su trabajo y el empleador su dinero. Conociendo la eficacia de los arreglos de seguridad, las personas decidirán con cautela, dado que es siempre costoso ejercer el derecho de renunciar o de despedir.

El incuestionable derecho de renunciar o de despedir tiene poderosos y deseables efectos de incentivos. En particular, sirve como un seguro efectivo contra la abierta toma de ventaja del otro lado en una relación continua. En consecuencia, si el empleador trata de engañar al trabajador, su amenaza de renunciar se vuelve más creíble, porque ahora este tiene menos que perder debido a la ambición de su contraparte. El argumento también funciona en la posición inversa. El trabajador holgazán es más fácil de despedir porque tiene mucho menos valor para el empleador. La parte que trata de tomar mucho del sobrante cooperativo —es decir, de la ganancia conjunta generada en la relación laboral— corre el riesgo de perder toda la ganancia mediante una decisión no revisable y unilateral del otro lado. Estas influencias moderadoras dan cierta durabilidad al contrato a voluntad, característica que contrasta con su frágil naturaleza legal. Los empleadores que gastan enormes cantidades de dinero en dar entrenamiento a los trabajadores para empleos particulares no están ansiosos por verlos partir. Igualmente, los trabajadores cuyo entrenamiento es específico para determinado trabajo no están ansiosos por irse. El contrato a voluntad es, consecuentemente, un versátil arreglo legal que es compatible con un amplio rango de prácticas de negocio.

La utilidad del contrato a voluntad también se fortalece por las fuerzas de la reputación. El empleador con una fuerza laboral grande está constreñido a negociar con cualquier trabajador en particular. Despedir a un trabajador por razones que los otros trabajadores perciben como injustas tendrá poderosos efectos de onda a través de la empresa. Los otros trabajadores van a volverse difíciles y, en consecuencia, van a volver a evaluar sus propios panoramas generales en la empresa: el empleo que una vez pareció bueno no parecerá tan bueno como antes. Los mejores trabajadores pueden ser los primeros en irse, ya que ellos tienen las mejores oportunidades en cualquier otro sitio. En consecuencia, la decisión de despedir a un trabajador, si no es sabia, puede regresar con frecuencia a mortificar al empleador y afectar adversamente sus relaciones con los ocho, veinte o mil que permanezcan en ese empleo. En la práctica, bajo un contrato a voluntad, es mucho más difícil despedir a un trabajador que lo que es para un trabajador retirarse, porque frecuentemente hay razones personales para explicar por qué los trabajadores van y vienen. Es, por lo tanto, un gran error esgrimir solo los modos legales de refuerzo cuando los sociales son, cuando menos, igual de poderosos e importantes en la práctica.

Otra importante ventaja del contrato a voluntad es su facilidad de cumplimiento. La posición legal es esta: «yo renuncio o usted me despide»; y la decisión judicial favorece al demandado. Todo el sistema toma cerca de tres palabras para explicar en el caso ordinario. Dentro del sistema legal, «todo vale» precisamente porque no todo vale en el ámbito de los negocios. La simplicidad tiene sus dividendos, porque ambas partes pueden compartir los ahorros administrativos en forma de utilidades más altas y más altos salarios. Solo los abogados pierden cuando el contrato a voluntad se respeta completamente.

## DESPIDO ILEGAL

Nadie puede afirmar que el contrato a voluntad pueda ocasionar una conducción errónea de la justicia. Pero, nuevamente, la perfección no es el punto o característica de referencia para la práctica legal; lo es la mejor alternativa siguiente. Para entender esta afirmación, es necesario ponderar por un momento la ley laboral referida al despido injustificado, el rival más importante del contrato a voluntad. La característica que tienen en común la regla de la «causa justa» y la regla a voluntad es que ambas pueden capturarse con una etiqueta verbal que solo tiene dos palabras. Pero mientras que «a voluntad» es una frase que deja a las cortes fuera de materia en la supervisión de contratos de trabajo, una «causa justa» impuesta por el Estado las sumerge en una interminable variedad de litigios. Hay una gran cantidad de maneras en las que un empleador puede ser acusado de conducta indebida. Donde hay patrones de la industria y convenciones comunes para evaluar despido por causa justa, usualmente habrá



árbitros expertos para ver si los casos individuales caen dentro de estas bien conocidas categorías. El propio hecho de que el contrato use este estándar es una buena razón para creerlo eficiente en las circunstancias particulares de su adopción.

Hay, no obstante, un amplio espacio entre las reglas «de causa justa», que podrían desarrollarse en algún escenario privado, y las reglas de causa justa que la legislación o una corte imponen sobre las partes contratantes. El requisito de causa justa impuesto desde fuera está diseñado para dejar de lado las intenciones contractuales y aun los acuerdos que fueron explícitamente tomados voluntariamente. Casi por definición, las prácticas de la industria no ofrecerán orientación a las reglas judiciales de causa justa. Si el empleador despide a una trabajadora unos cinco meses después de haberla invitado a una cita, ¿es su negativa a aceptar la invitación la razón, o siquiera una de las razones, por la que fue despedida?, ¿habría diferencia si se relacionaron fuera del trabajo, o antes, o si quien pidió la cita fue un compañero de trabajo o un jefe? Las variaciones en este tema impiden cualquier clasificación fácil, pero se repiten incontables veces en casos litigados.

Igualmente, en muchos casos el elemento más importante para el éxito de un negocio es el esfuerzo cooperativo, que depende fuertemente de la actitud y la moral. No obstante, estos son frecuentemente los elementos que se pueden explicar más difícilmente a un tercero, especialmente después del hecho. El éxito en los negocios depende de la habilidad para anticipar los grandes problemas antes de que ocurran y hacer ajustes en la composición de la fuerza de trabajo, que son cruciales vistos desde dentro, pero casi imposibles de explicar a alguien de fuera. Los casos de despido injustificado frecuentemente tienen las peores características del diálogo socrático. El empleador o gerente, que sabe sus razones para la acción, no es capaz de articularlas en maneras que sean persuasivas para los de fuera. En consecuencia, todo el conocimiento local y especializado se retira del caso, aunque sea una guía más segura para la conducta práctica que alguna teoría abstracta de conducta gerencial sensata: ¿cómo prueba uno a un jurado que un vendedor ha perdido el nivel de desempeño, cuando puede ser crucial reemplazarlo *antes* de que las explicaciones se contradigan o se pierdan? Los intangibles que interesan diariamente nunca se toman en cuenta dentro de un escenario formal de litigio. Sin embargo, debajo de todo esto, los defensores de las demandas por despido ilegal o injusto no dan explicación sobre cómo y por qué es de interés de las empresas despedir trabajadores capaces y retener a los incompetentes. La masa de evidencia que se introduce en los casos individuales es mucho menos confiable que la simple presunción de base, a la que desplaza.

La ley laboral referida al despido injustificado también pone gran presión para dar alguna explicación sobre la causa justa: ¿hay causa justa para despedir a un trabajador cuya asignación es inconsistente con su creencia religiosa?, ¿hay causa justa para despedir a un trabajador porque su división ha sido clausurada, porque la estructura de costos de la empresa es muy extensa o porque se ha discontinuado una línea de productos?



Cada una de estas preguntas ha sido fuente de extenso litigio, y lo más que puede decirse de cualquiera de ellas es que la decisión tomada debe ser «razonable bajo las circunstancias». El punto central de esta indecisión estructural es que virtualmente cualquier despido por cualquier razón, desde exceso de trabajadores hasta la manifiesta incompetencia, podrían estar sujetas a una impugnación judicial. El mensaje no será desoído por los empleadores, que se demorarán en contratar y se demorarán en despedir con el objeto de minimizar su exposición a la responsabilidad bajo la ley laboral referida al despido injustificado.

El problema tampoco termina con el despido, porque los efectos insidiosos de la «pirámide reguladora» están trabajando en esta área como en muchas otras. Una vez que los despidos han estado sujetos a investigación judicial, un empleador puede estar tentado de reducir el pago de sus trabajadores (digamos, a un centavo al día) o a asignarles tareas aburridas e inapropiadas. Sin embargo, la ley no puede permanecer impasible y tolerar estos «despidos indirectos», si debe evitar los injustos. Entonces, estas respuestas alternativas de los empleadores también tienen que ser reguladas y supervisadas. Pero una vez que lo son, todas las transferencias, reducciones de pago y disminuciones de categoría también deben revisarse, porque nada hay en la ley laboral referida al despido injustificado para limitar su aplicación a los casos de abuso manifiesto. En consecuencia, el sistema crece por su propio peso y la intervención judicial se convierte no en la excepción sino en la regla.

Hay poderosas razones teóricas para creer que, sin importar cuánto se esfuerce la ley, sus exigencias de causa justa nunca podrán funcionar con la precisión de un mercado. La explicación es simple. Descriptivamente, se llega a un punto en el que hay una tasa decreciente de retorno para todas las cosas, incluyendo el trabajo. Un empleador que tiene 100 empleados puede encontrar que el empleado 101 no vale la pena para él tanto como el primero. Aun así, el salario pagado será constante, sin importar cuántos trabajadores se contraten. Cualquier empleador racional que no está trabado por las complejidades de la ley laboral referida al despido injustificado decidirá: «mira, yo contrataré empleados hasta el punto en que el último dólar gastado esté justificado por los ingresos que yo recibo. Si las condiciones del mercado cambian y ya no es provechoso conservarlos, los despediré porque los salarios y otros gastos de retenerlos son más altos que el valor que tienen para mí».

Bajo la ley laboral referida al despido injustificado, una corte debe decidir si permite o no estos constantes ajustes marginales y adicionales. Desafortunadamente, ninguna corte que permanezca fuera de una relación contractual tiene alguna clase de información detallada necesaria para decidir si los beneficios marginales de contratar a un determinado trabajador exceden o están por debajo de sus costos marginales, o para decidir cómo un empleador debe reestructurar su negocio para mejorar la utilización de los empleados. Debido a que las cortes no pueden hacer estas decisiones marginales acerca de empleados sobrantes, van a tender a moverse a posiciones muy extremas.

Un enfoque es dejar todo el asunto a un jurado, cuya decisión se convierte en no revisable en el caso. O, si son parámetros esquematizados particulares, las cortes pueden insistir en que, con un caso de personal excedente, el despido es justificado solo si se muestra que retener al empleado llevará a la empresa a la bancarrota o a la insolvencia. La regla puede proveer una victoria a corto plazo para algún trabajador determinado, pero sus consecuencias a largo plazo son tan catastróficas para los trabajadores como para la gerencia.

Cuando las cortes se rehúsan a permitir a alguna empresa racionalizar su fuerza de trabajo antes de caer en la bancarrota, el temor a la sanción legal evita los ajustes graduales en tamaño y salarios de una fuerza laboral, en respuesta a los cambios del mercado exterior. Como resultado, en lugar de que la empresa sea capaz de despedir a un trabajador hoy y otro mañana, ella estará sujeta a los cambios en los niveles de empleo que son inciertos y discontinuos. La empresa podría entonces verse obligada a dejar ir a un equipo o división completa, porque no tiene forma de pagarles. La limitación legal del despido dice, en efecto, que es mejor despedir a cien trabajadores después que a uno ahora. El sistema legal inducirá un tipo de fallas dramáticas que tanto los trabajadores como los empleados deben evitar. Este hecho podría crear incluso una segunda generación de complicación: leyes de cierre de plantas que notifican y dan tiempo a los trabajadores no solo para encontrar otras líneas de empleo sino para organizar una oposición política al propuesto curso de acción de la empresa.

Esta intervención legal tampoco mejorará las perspectivas de trabajo a largo plazo de los trabajadores como una clase, dada la influencia de la regla no solamente en los despidos sino, también, en la contratación. Un empleador que sabe que los despidos basados en excedente de trabajadores serán imposibles, salvo en caso de bancarrota, será muy reticente a expandir su equipo de trabajadores y, frecuentemente, preferirá responder al aumento de demanda con actividades de capital más intensivas o manteniendo el equipo existente y expandiendo la oportunidad de trabajo de horas extra. Escoger esta ruta permite al empleador escapar de los pesados costos de una excesiva expansión de su fuerza laboral. Todo el proceso regulador muestra una constante preocupación por los efectos directos de las decisiones sobre personas determinadas, sin importar la mayor cantidad de efectos indirectos sobre otras personas situadas en una posición similar. El esfuerzo de conservar un trabajo simple para un individuo discreto y determinado causa que no se formen empleos numerosos para otras personas. La ley actuará como un efectivo disuasivo para no hacer nuevas contrataciones.

## NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Las leyes laborales referidas al despido injustificado no son el único ataque legal al contrato a voluntad. Es un tema común actualmente, por lo menos en el mundo de



habla inglesa, introducir mediante legislación laboral elaborados regímenes legales y administrativos que exijan una negociación colectiva entre un empleador, por un lado, y un grupo de trabajadores, por el otro, representados por un sindicato, escogido generalmente por votación mayoritaria.<sup>2</sup> Bajo estos arreglos de negociación colectiva, el empleador se encuentra en el deber de negociar de buena fe con el sindicato y el sindicato usualmente tiene el derecho de huelga cuando la negociación llega a un *impasse* económico. Una característica dominante de este sistema es la necesaria abrogación del contrato a voluntad, porque a un empleador le está impedido despedir a algún trabajador por asociarse en actividades del sindicato o por expresar simpatía por el sindicato. Típicamente, este sistema se justifica apelando a ideas de coerción económica, la explotación por parte del empleador y la desigualdad en el poder de negociación, que se han considerado y rechazado en el capítulo 4. Aquí quiero discutir brevemente los efectos que la negociación colectiva tiene en la operación de los mercados de trabajo.

#### LA EMPRESA CONTRA LOS TRABAJADORES

Sea el campo de conflicto la educación, el transporte o la manufactura, los acuerdos bajo negociación colectiva conducen frecuentemente a tensas y prolongadas luchas entre la gerencia y los trabajadores. En muchas ocasiones, hay un extraordinario resentimiento y división, que frecuentemente lleva a recriminaciones y algunas veces a la violencia. Este resentimiento no es necesariamente endémico a la relación entre empleador y trabajador. En lugar de eso, es una función de las reglas que estructuran las negociaciones entre las dos partes. Muchos problemas surgen con la negociación colectiva porque la legislación crea posiciones de monopolio en ambos lados del mercado, un estado de cosas exactamente opuesto a lo que una ley sensata debería esforzarse en lograr. Dentro de la situación directamente competitiva, tanto trabajadores como empleadores toman el mismo salario del mercado. Ninguna de las partes tiene influencia política para mejorar su posición más allá de lo que puede conseguir en transacciones ordinarias en el mercado.

Introduzcamos, sin embargo, un solo empleador y un solo sindicato, y veremos como la ley crea la misma situación bilateral de monopolio que la quinta y sexta reglas simples buscaban obviar. Los beneficios que normalmente se obtienen a partir de un mercado fuerte, incluyendo un nivel más alto de confianza, desaparecen muy rápidamente cuando los sindicatos se convierten en agentes exclusivos de negociación para

---

<sup>2</sup> Para mi crítica a la negociación colectiva, véase EPSTEIN, Richard A. «A Common Law for Labor Relations: A Critique on the New Deal Labor Legislation». *Yale Law Journal*, vol. 92, 1983, p. 1357; para una respuesta, véase WEILER, Paul. *Governing the Work Place*, 1990, pp. 105-133.



sus miembros. Actualmente, las negociaciones son «mano a mano», uno contra uno. En este arreglo, no hay salario único. El proceso de negociación puede generar un salario tan alto como el salario de monopolio, tan bajo como el salario competitivo, o alguno que se ubique en un punto entre ambos. Como consecuencia, ambos lados tienen enormes incentivos para gastar recursos solamente para una ganancia distributiva privada. Lo que un lado gana, el otro lado pierde. Efectivamente, incluso este escenario es muy optimista, porque ambas partes tienen que incurrir en los gastos adicionales de negociación, así que el tamaño total del pastel se reduce mientras el *impasse* continúa. Solo se necesita ser testigo de las prolongadas huelgas e *impasses* de trabajo —tan ampliamente diversas como las de la Liga Mayor del Béisbol de los Estados Unidos, Caterpillar Tractor, El *New York Post*, Northwest Airlines y las escuelas públicas de Chicago— para ver cómo un conjunto fuerte de incentivos de negociación puede superar ampliamente a las que, en otras circunstancias, son robustas tradiciones culturales y de actitud de varias industrias diferentes. Las actuales modificaciones legales frustran el proceso de negociaciones civilizadas y no problemáticas. Por el contrario, la gente en ambos lados se enfrasca en discusiones engañosas, violencia, uso de la fuerza, traición, conspiración o intriga. El resultado neto es que cada uno negocia con alguien en quien se tiene razones para desconfiar, una actitud tan cierta en un lado del mercado como en el otro.

Nada hay inherente a la conducta de empleadores o empleados que haga necesario este desagradable esquema de las personalidades para dominar las negociaciones de contrato. Pero como esta clase de conductas se están volviendo típicas, la ley coloca en la mesa una torta de tamaño fijo y dice que se puede dividir solamente con el consentimiento mutuo de ambas partes. En este punto, la conducta estratégica prevalece sobre la conducta productiva. Aquellos individuos dentro del negocio tendrán que cambiar su estilo con el fin de hacer las cosas bien bajo las normas legales. A lo largo del camino, el mercado estará infestado de esas personalidades conflictivas, mejor acondicionadas a las exigencias de sus posiciones. La división de lo que se obtiene trae con ella los enormes esfuerzos de la fuerza de trabajo y la gerencia para conseguir la parte más grande posible para ellos, e induce a ambos lados a comprometerse en una conducta que puede endurecerse, desviarse del propósito adecuado o algo peor.

Sin embargo, la división precisa de lo que se obtiene depende en gran parte de las disposiciones de las diferentes leyes laborales. Bajo la Ley Nacional de Relaciones Laborales, un empleador puede impedir la entrada de los trabajadores al centro de trabajo, y los empleados pueden hacer huelga con impunidad legal cuando las negociaciones económicas llegan a un *impasse*. La fortaleza de sus posiciones relativas depende de la habilidad de cada lado para sobrevivir a la tormenta. La regla tradicional, actualmente bajo oposición legislativa, que permite a la gerencia contratar reemplazos permanentes en las huelgas económicas, se percibe como una ventaja para las empresas

decididas con determinación a liberarse de su relación con el sindicato.<sup>3</sup> Cualquiera que sea la regla sobre los reemplazos permanentes en los conflictos laborales que involucren a los sindicatos industriales, a cualquier parte le está permitido romper relaciones con la otra por tanto tiempo como esté preparada a pagar.

El resultado de la negociación frecuentemente termina de manera muy diferente bajo la Railway Labor Act (RLA), que desde 1936 se ha aplicado también para el transporte aéreo; en ella, el acuerdo actual permanece vigente mediante un interminable procedimiento establecido legalmente, salvo que ambos lados acuerden su modificación.<sup>4</sup> En este punto, la legislación crea el peor de los problemas de resistencia bilateral de monopolio, que he examinado anteriormente en el capítulo 6. La incapacidad de la gerencia de despedir trabajadores da, en efecto, a los trabajadores una posición de disfrazada propiedad legal en la empresa: este hecho es el que hace tan difícil despedir a los bomberos de las locomotoras diesel. También explica por qué, en las renegociaciones en las aerolíneas, la respuesta común de la gerencia es ofrecer parte de la propiedad de las acciones de la empresa a los empleados a cambio de concesiones en salarios y reglas de trabajo. Un magnífico ejemplo es el de las prolongadas negociaciones de Northwestern Airlines con sus sindicatos múltiples y cómo estuvo al filo de la bancarrota. En virtud de la regla supletoria aplicable de acuerdo con la RLA, los trabajadores poseen parte de la empresa en cualquier caso, de tal manera que la explícita «recapitalización» de la empresa solo hace explícita la posición de propiedad conferida a los empleados por la RLA.

Desafortunadamente, la RLA encarna la peor respuesta imaginable al problema de la negociación. El transporte es, o por lo menos puede ser, una industria competitiva. La competencia es posible entre empresas en la misma línea de negocios —camiones, aviones, trenes—, y es inevitable entre las diferentes formas de transporte. La defensa de la regulación está, consecuentemente, en declive. Aun así, la RLA fue aprobada bajo el errado supuesto de que los sindicatos necesitan nivelar su posición de negociación con la gerencia de alguna manera. Las huelgas podrían no permitirse, porque, si bien es posible almacenar acero en anticipación de la huelga y así aislar a los consumidores de las consecuencias adversas inmediatas, nadie puede almacenar el viaje de las 6:55 a.m. de Albuquerque a San Luis. El punto es que, en la industria de transporte,

---

<sup>3</sup> National Labor Relations Act, capítulo 347, título I, 44 estatuto 577, 29 U.S.C. & 141 et seq. (1988). Véase también Labor Management Relations (Taft-Hartley) Act, capítulo 120, 61 estatuto 136, 29 U.S.C. & 141 et seq (1988). Para los orígenes de la regla de los reemplazos permanentes, véase National Labor Relations Board v. Mackay Radio & Telegraph Co., 304 U.S. 333 (1938). Todos los esfuerzos actuales para eliminar esta regla han sido desestimados por el Congreso.

<sup>4</sup> Railway Labor Act, capítulo 347, título I, 44 estatuto 577, 29 U.S.C & 151 et seq. (1988). Véase, para una discusión, STONE, Catherine van Wezel. «Labor Relations on the Airlines. The Railway Labor Act in the Era of Deregulation». *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990, p. 1485.



las huelgas deben prohibirse por el riesgo de que las disputas dentro de la empresa tengan consecuencias adversas para terceros, que hacen insignificantes a aquellas producidas durante el funcionamiento de un mercado competitivo. El sistema de confrontación que está incluido en la ley falla porque ignora las claras implicaciones de las reglas simples.

## CONFLICTOS ENTRE LOS TRABAJADORES

Irónicamente, sin embargo, sería un error de masivas proporciones asumir que los únicos conflictos que afloran bajo los acuerdos celebrados a partir de la negociación colectiva se dan entre la gerencia y los trabajadores.

Es también común encontrar serios conflictos entre diferentes trabajadores que están representados por una sola agencia negociadora.<sup>5</sup> Dado que los sindicatos de trabajo no podrían funcionar si se les exigiera tener consenso unánime de todos los trabajadores dentro de una unidad, el sistema legal en los Estados Unidos permite que un representante negociador, escogido por una mayoría de trabajadores dentro de una empresa, seleccione al representante de todos los trabajadores dentro del negocio. No obstante, los trabajadores hábiles, tienen, frecuentemente, diferentes intereses que los de los trabajadores inhábiles. Conflictos similares pueden aflorar entre trabajadores adultos mayores y jóvenes (debido a las leyes de discriminación por antigüedad y edad), negros y blancos, hombres y mujeres, y otros. Algunos trabajadores pueden querer un trabajo de tiempo completo y otros un trabajo a tiempo parcial. Algunos pueden querer una extensa cobertura médica, pero otros pueden querer menos horas de trabajo o mayor pago por vacaciones. Con los acuerdos estandarizados, estas variaciones individuales en gustos y demandas entre los trabajadores son difíciles de respetar simultáneamente. Lo máximo que puede pedirse a un atormentado representante sindical es que actúe de buena fe para sortear los intereses de competencia, pero ninguno ha sido capaz de desarrollar algún conjunto poderoso de guías para determinar el orden y el nivel de sacrificio cuando esos intereses están en conflicto. Del mismo modo, los trabajadores disgustados frecuentemente son reticentes a dejar la unidad negociadora, tanto porque tendrían que sacrificar su incierta participación de las ganancias del monopolio como porque su entrada a otras industrias puede bloquearse por sindicatos de gran poder económico. Este segundo conjunto de conflictos tampoco aflora en los mercados competitivos, que en este campo también operan con mucho menos fricción que sus rivales sindicalizados.

---

<sup>5</sup> Para un exhaustivo análisis de las dificultades de encontrar reglas de decisión aplicables dentro del cuadro de la negociación, véase FREED, Meyer; Daniel POLSBY y Matthew SPITZER. «Unions, Fairness and the Conundrums of Collective Choice». *South California Law Review*, vol. 56, 1982, p. 462.



Las consecuencias sociales de este sistema de negociación han venido debilitándose fuertemente. Un conjunto de consecuencias ha sido que las leyes laborales hicieron particularmente difícil a los trabajadores negros mantener su poder económico, dado que los sindicatos estaban dominados por blancos que los representaban contra su voluntad. Bajo la RLA, por ejemplo, el nivel de participación de fuerza laboral negra dentro de la fuerza de trabajo se redujo sistemáticamente después de 1926, aun luego de que la Corte Suprema anunciara que los representantes del sindicato tenían la obligación de contar con una representación justa de los trabajadores minoritarios, un deber que fue mucho más fácil establecer abstractamente que hacer cumplir concretamente.<sup>6</sup> Hay pocas dudas de que la versión antigua de la Ley Norteamericana de Trabajo, reforzada como fue por normas constitucionales, hizo un mejor trabajo de protección de los intereses de los trabajadores minoritarios que la moderna Ley de Relaciones Laborales.<sup>7</sup> Un sistema que otorga al trabajador la libertad de negociar directamente con un empleador o afiliarse voluntariamente a un sindicato de su propia elección es largamente superior a un sistema en el cual el Estado selecciona la «unidad negociadora» bajo el usual conjunto de criterios complejos e indeterminados, que siempre trabaja contra los intereses de una minoría política. Las dificultades de desarrollar un conjunto ideal de reglas de votación en las elecciones parlamentarias y de gobiernos locales debería servir como una alarma para aquellos que piensan que el modelo democrático es el ideal para las relaciones laborales. Lo grotesco del diseño de los distritos electorales para proteger a los que tienen cargos políticos, de un lado, y para responder a los intereses de grupos minoritarios (frecuentemente definidos en razón de raza o color), del otro, es evidente para cualquiera que haya visto pasar varios distritos electorales a lo largo de una misma carretera interestatal.<sup>8</sup> No hay una solución ideal cuando se otorgan enormes poderes a las instituciones políticas, pero tampoco hay razón para adoptar mecanismos de votación cuando las instituciones del mercado son capaces de generar resultados sociales deseables.

## EL DECLIVE DE LOS SINDICATOS

Las dislocaciones impuestas por las leyes de negociación colectiva hacen más que influir en los resultados de casos particulares. Ellas también influyen en la decadencia a

---

<sup>6</sup> Sobre esta historia, véase BERNSTEIN, David E. «Roots on the Underclass. The Decline of *Laizess-Faire* and the Rise of Racist Labor Regulation». Manuscrito archivado en poder del autor, 1993. Véase también *Steele v. Louisville & Nashville R.R.Co.*, 323 U.S. 192 (1944).

<sup>7</sup> Véase *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908), y *Coppage v. Kansas*, 236 U.S.1 (1915).

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, la situación insatisfactoria en *Shaw v. Reno*, 113 S. Ct. 2816 (1993).

largo plazo del poder del sindicato. Cualquier nueva empresa que contempla entrar en el mercado de trabajo estará atemorizada por la posibilidad de la negociación colectiva, porque no verá un mercado que funciona sin trabas. A manera de analogía, los mercados internacionales de moneda tienen estabilidad solamente aparente cuando se fijan las tasas de cambio por un decreto del gobierno. De forma similar, en los mercados de trabajo, crisis agudas y discontinuas, tales como huelgas, se vuelven un irreducible riesgo, no solo para las empresas que tienen sindicatos sino, también, para otras que dependen de empresas con sindicatos, tales como sus proveedores o clientes. Habrá, entonces, algún esfuerzo para transferir recursos fuera de estos mercados regulados. El capital reemplazará al trabajo; pequeños e independientes contratistas desplazarán a los empleados regulares bajo agresivos programas de servicios externos. Las regulaciones inducirán a las empresas a orientarse hacia los que de otra manera serían ineficientes medios de producción y a intensificar la presión para dirigirse a modos alternativos de producción que, por razones de costo y tecnología, se vuelvan más deseables.

El decadente papel de los sindicatos en la fuerza laboral no es simplemente un asunto de una cadena débil de líderes de sindicato o una serie no anticipada de pérdidas en elecciones reñidas del sindicato. Es una respuesta directa y predecible a los cambios en los medios de producción que permiten a las empresas eludir las limitaciones de una forma inferior de organización de trabajo. Las líneas de ensamblaje son relativamente fáciles de organizar porque los conflictos entre los trabajadores de la línea están normalmente dentro de límites manejables. Sin embargo, cuando las empresas operan en nichos de mercado, los días del antiguo sindicato industrial están contados, sin importar qué normas legales primen. No hay nada que diga que la proporción entre empleados y contratistas independientes deba ser constante bajo alguna regla natural no articulada. En tanto que la relación con el empleado se vuelve más problemática, la contratación independiente se convertirá en una opción más factible. No es sorpresa, y no constituye una crisis, que el porcentaje de trabajadores sindicalizados haya caído desde alrededor de 35 por ciento hace cuarenta años a menos de 15 por ciento actualmente. Aun con apoyo estatal, una fuerza laboral sindicalizada encuentra más difícil competir, ya sea en acero, construcción o transportes, con empresas más débiles pero con una estructura más eficiente de gobierno interno.

Todos estos factores, debe remarcarse, no constituyen argumentos para declarar ilegales los acuerdos de negociación colectiva en el sector privado. Si un empleador considera interesante insistir en que todos o algunos de sus trabajadores sean miembros de un sindicato determinado, entonces él tendrá más poder. El acuerdo *closed union shop* que se alcanza por medio del consenso es tan válido como arreglo institucional, como cualquier otro, incluyendo el contrato *yellow dog*, por el que los trabajadores están obligados a no afiliarse a sindicato alguno mientras estén empleados. Cada una de estas formas contractuales puede usarse en escenarios determinados. El contrato



*yellow dog* puede proteger a los empleadores contra una inesperada pérdida de su fuerza completa de trabajadores hábiles en un punto crítico del ciclo de producción, un problema que puede imponer un grave riesgo con el advenimiento del sistema «justo a tiempo» de control de inventarios. También permite a los empleadores demandar a un sindicato por incumplimiento de contrato si el sindicato trata de organizar a sus trabajadores.<sup>9</sup> El acuerdo *closed union shop* podría proveer al empleador beneficios que exceden cualquier costo que imponga la sindicalización. El sindicato puede tener ventajas sobre la empresa en la selección de trabajadores más hábiles o en la supervisión de sus conductas. El sindicato también puede hacer ciertas concesiones cruciales con el fin de mantener su posición. Pero, como antes, la pregunta frecuentemente no es qué arreglo se adopta sino, más bien, si este se adopta mediante elección voluntaria o compulsión externa. Por eso, la argumentación contra la negociación colectiva obligatoria descansa en el sistema de coerción pública que lo fortalece y que introduce una estructura legal más complicada e inestable que el simple contrato a voluntad.

Aquí hay una moraleja con la que es útil terminar. El contrato *a voluntad* se usa extensamente para posiciones de gran poder y posiciones de pequeña importancia. Se usa para ejecutivos jefes y para trabajadores comunes (una excepción común es la tenencia del cargo por los profesores universitarios; esto de por sí es un asunto complejo que no puede ser discutido aquí, pero que depende grandemente del hecho de que las universidades no son propiedad de accionistas, así que el control se divide entre directores apoderados, administradores y facultades, y el último grupo necesita retener su cargo para proteger su posición gobernante). La ubicuidad del contrato a voluntad en mercados no regulados debería ser tratada como una señal no de corrupción diseminada sino de utilidad diseminada. Para ir contra la práctica común, uno necesita tener una confianza enorme en sus propios juicios acerca de lo correcto y lo incorrecto. Típicamente, aquellos que saben más acerca del asunto están advertidos de las tenues y delicadas variaciones entre los casos individuales y están muy poco interesados en intervenir en asuntos de otros, sin importar qué forma de organización adopten. Sin embargo, para aquellos que no han enfrentado los desafíos de un negocio en operación, es fácil subestimar las prácticas que no entienden. El análisis económico del derecho referido a los contratos de trabajo y los mercados de trabajo es un tema

---

<sup>9</sup> Véase *Hitchman Coal & Coke Co. v. Mitchell*, 245 U.S. 229 (1917). *Hitchman* fue rechazado bajo el RLA, La Norris-La Guardia Act de 1932, 47 Stat.70,29 U.S.C. & 102 et. seq. (1988), y el NRLA. La Norris-La Guardia Act limitó el poder de las cortes federales a emitir órdenes de conducta específicas en las disputas de trabajo; el RLA y el NLRA hicieron de esto una «práctica no equitativa de trabajo» para discriminar a los trabajadores por su afiliación a los sindicatos o por su participación en actividades sindicalistas.



complejo, cuyos esquemas han sido bien explicados solo durante la última generación. Las imperfecciones están a la orden del día en todos los mercados. Cualquiera que crea que el sistema legal puede ser operado sin errores ni costos sustanciales está siendo indebidamente optimista acerca del poder del Derecho en general y de las regulaciones en particular. Sin embargo, mientras más aprendemos acerca de los mercados de trabajo, más vigencia muestra esta ley universal: aquellos que más saben buscan gobernar lo menos posible.



## CAPÍTULO 9

# Discriminación en el trabajo y valor comparable

EN ESTE CAPÍTULO, me ocupo de dos formas más de asalto contra el contrato a voluntad y, por implicancia, contra la más amplia doctrina de la libertad contractual: el principio de valor comparable y el de las leyes contra la discriminación. Con estas dos concepciones, el enfoque se desplaza desde la teoría de dominación del empleador, que se utiliza para justificar leyes equivocadas de despido y acuerdos de negociación colectiva, a casos que se perciben como injusticias entre varias clases de trabajadores. Bajo una teoría de valor comparable o equidad en el pago, la pregunta es si los salarios que las mujeres reciben por trabajo en profesiones predominantemente femeninas son iguales a los salarios que se pagan por el trabajo de valor comparable hecho por hombres o, al menos, a los salarios que se pagan en profesiones comparables que han estado dominadas por hombres. Bajo una ley contra la discriminación, el fundamento de la ofensa es la «omisión de» o «negativa a» contratar a alguien, o la decisión de los empleadores de ofrecer a esa persona términos menos favorables debido a alguna característica que la ley, como tal, prohíbe tomar en consideración. La raza y el sexo estuvieron siempre en el tapete y, últimamente, han estado acompañadas por características en terrenos más modernos y polémicos, como la edad, el impedimento físico y, bajo algunas leyes locales, la orientación sexual.

Los temas aquí son conocidos. Escuchemos cualquier defensa de la ley contra la discriminación y es como si los principios de escasez e interés individual no se aplicaran más a los asuntos sociales ordinarios. En el curso de los debates, dos temas siempre surgirán. Primero, los empleadores no conocen sus propios intereses y, por ello, tienden a responder a prejuicios o a ser víctimas de sus propios cálculos irracionales o autodestructivos. Segundo, puede probarse que los costos de cumplir con las normas contra la discriminación son tan bajos que debe entenderse la imposición del Estado como una mejora en la operación económica del sistema. La promulgación en 1992 de los títulos sobre discriminación de la Americans With Disabilities Act ha traído una reiteración adicional e incalculable de este tema, como si un solo impulso o una modesta ampliación de aspecto literal definiera el límite superior en los ajustes típicos que los empleadores tienen que hacer para sus trabajadores, y se pudiese ignorar, por



tanto, todos los demás costos de implementación (planeamiento general, cumplimiento, litigio, menor utilidad, flexibilidad reducida de planta y personal, y moral de los demás trabajadores) que legítimamente también pertenecen al cálculo.

Creo que estas dos nuevas formas de intervención están equivocadas y mal conducidas. En el nivel más amplio, el argumento es idéntico al que he adelantado en los dos capítulos previos. Mientras las personas conozcan su propios intereses, las negociaciones contractuales desarrollarán el beneficio de todas las partes sin tener, en balance, efectos externos dañinos; por tanto, estas no deben ser alteradas. Como antes, la explicación de los efectos externos va más allá de la desilusión que los aplicantes individuales sienten cuando son dejados de lado por una razón que entienden como impropia y se enfoca en los efectos agregados positivos para el sistema. La expansión de las oportunidades de empleo es universalmente la mejor respuesta a la amenaza de una conducta impropia por parte del empleador. Sin embargo, dado que el rango de argumentos a favor de estas leyes difiere en algo de aquellos previamente abordados, es tal vez mejor darles más atención. Comenzaré con el tema más relevante de las leyes contra la discriminación y luego me abocaré a las más recientes propuestas concernientes al valor comparable.

## LEYES CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

El consenso a favor de algunas leyes contra la discriminación en los Estados Unidos y a lo largo de la mayor parte de los países del resto del mundo es tan poderoso hoy que puede ser impertinente e ingenuo invocar su derogación.<sup>1</sup> Hay muchas divisiones importantes entre los sistemas del *common law* y el del Derecho Civil, y muchas diferencias en la organización del *common law* debido a que este ha surgido en los Estados Unidos, Inglaterra y el Commonwealth. Es también importante notar que ninguno de estos dos sistemas desarrolló un derecho contra la discriminación por medio de decisiones judiciales aumentativas. En cada instancia, las leyes entraron en vigencia por promulgación. El cambio, a lo largo del tiempo, ha ocurrido en sistemas legales que, en otros asuntos, difieren ampliamente en sus actitudes y enfoques hacia los problemas legales. Sin embargo, la convergencia respecto de la imposición de prohibiciones contra la discriminación en los mercados de trabajo es virtualmente completa.

Esta convergencia moderna podría tomarse como la confirmación más fuerte de la aceptación general de las leyes contra la discriminación. ¿Por qué alguien debería hablar

---

<sup>1</sup> He hecho una defensa más extensa en EPSTEIN, Richard A. *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, 1992; para una crítica, véase DONOHUE, John J. III, «Advocacy versus Analysis in Assessing Employment Discrimination Law». *Stanford Law Review*, vol. 44, 1992, p. 1583. Este último trabajo contiene información sobre la frecuencia y severidad de las demandas sobre discriminación.

en contra de un conjunto de leyes que son ampliamente aceptadas por todas las partes del espectro político? El consenso es siempre un arma de doble filo. En algunos casos, el poderoso consenso social acerca de que una práctica es impropia cuenta como un fuerte argumento para hacerla ilegal; pero, en otros, la existencia del consenso debe llevar exactamente a la conclusión opuesta. La preocupación de Hobbes y de Locke respecto del control del uso de la fuerza se apoyaba en la percepción de que ninguno estaría libre de ordenar su propia vida si otros tuvieran la libertad para matarlo o mutilarlo. Entonces, el abrumador consenso contra el descontrolado uso de la fuerza provee la razón para usar los poderes coercitivos del Estado y para otorgar asentimiento a las leyes que prohíben dicho uso. Sin embargo, un consenso extendido respecto de que ciertos estilos de vestido, de música y de discurso son apropiados, es difícilmente una buena razón para permitir a una mayoría (por más grande que sea) imponer su voluntad a la minoría y, por tanto, eliminar toda crítica e innovación. En estos contextos, el instinto social correcto es que cualquier minoría tiene derecho a protección aun cuando el resto del mundo se ofenda por lo que ella hace. Esa es la razón por la que una ley estatal que prohíba los matrimonios interraciales constituye un asalto frontal contra la libertad común de casarse con la persona de propia elección. De manera similar, la tolerancia de la poligamia y los matrimonios de personas del mismo sexo es difícil de cuestionar en principio, sin importar cuán mal podría uno sentirse por interactuar con personas que participan en estas prácticas.

El resultado debe ser claro. Es imposible encontrar una conexión cercana entre el consenso social y la legislación útil. En todas las situaciones, la pregunta que nos hacemos es qué consecuencias generales ocurren si se le autoriza a una persona o grupo salir de la convención social dominante. Si una persona se separa del acuerdo de no usar la fuerza, podría sobrevenir fácilmente el caos. Si una persona innova en la literatura o los negocios, otros podrían beneficiarse de sus éxitos o aprender de sus errores. Una prohibición uniforme del uso (o amenaza del uso) de la fuerza otorga bienestar social; una prohibición uniforme de la libertad de pensamiento y de acción en otras esferas no lo hace.

Existe, entonces, un vasto espacio entre una única solución política y un consenso cultural. El poder político permite a la mayoría imponer su voluntad sobre una minoría o, en un mundo de facciones y coaliciones, permite incluso lo contrario. Un consenso cultural debe reforzarse continuamente para enfrentar la amenaza de una erosión constante. Gana fuerza precisamente porque aquellos que están en desacuerdo con el consenso son libres de toda compulsión legal cuando eligen actuar a su modo. Un fuerte consenso político no es condición suficiente para promulgar esas preferencias en forma de leyes. La adopción extendida de determinadas leyes solo puede demostrar que es posible cometer el mismo tipo de error legislativo en diferentes culturas, dada la constante tensión a través de la línea divisoria entre el mercado y la política. La expansión de estas leyes podría revelar un defecto común de las políticas democráticas con sus muy



custodiadas instituciones mayoritarias. A la vez que nado contra la corriente política, traté de resumir el sustento en favor de la derogación de las leyes contra la discriminación.

Recordemos el esquema básico de este libro. Cualquier ley que aumente el nivel de complejidad del sistema legal tiene que justificarse a sí misma mostrando cómo mejora la eficiencia agregada del sistema. Una regla que gasta recursos para hacer cumplir los contratos, tal como fueron hechos, pasa el examen porque expande las ganancias del intercambio al facilitar nuevas formas de acuerdos que, de otra manera, serían imposibles. Sin el cumplimiento legal de las promesas, solo las transacciones inmediatas (es decir, las que se completan inmediatamente) son posibles, e incluso estas solo podrían hacerse con dificultad.

Las leyes contra la discriminación aumentan los costos de operación del sistema, usualmente en una magnitud considerable. El primero y más obvio cambio es en el cumplimiento: no hay ningún examen externo simple y observable, remotamente comparable a «renuncio» o «está despedido», que indique si la decisión del empleador se tomó de conformidad con la ley o violándola. El mostrar que el despido ocurrió es solo el comienzo de la pesquisa; esta difícilmente termina. En cada caso, es necesario delinear algunos límites menos obvios entre la ruptura legal e ilegal de la relación. La pesquisa tiende a ser relevante, además, no solo en las seis mil y tantas demandas por discriminación laboral que, en promedio, son archivadas en las cortes federales cada año sino, también, en las más de cincuenta y cinco mil otras quejas que son formalizadas cada año para una revisión administrativa en el sistema federal, en las quejas adicionales en el sistema del Estado y en el más grande número de casos en los que incluso la amenaza de demanda induce a una transacción o altera el patrón de conducta del empleador.<sup>2</sup> Mientras que los motivos indebidos expongan a un empleador a riesgos sustanciales de asumir la responsabilidad, los efectos del litigio se expandirán a lo largo del sistema.

La pregunta sobre los motivos yace en el centro del tipo de ley contra la discriminación menos intrusivo, el denominado examen de trato dispar: ¿acaso el empleador despidió (o se negó a contratar) al empleado «debido a» algún fundamento prohibido? En cada caso, el «fundamento» está siempre presente: las personas tienen una raza, un sexo o una edad, y esa característica pudo haberse tomado en consideración al tomar la decisión. Sin embargo, en cada caso aparece la posibilidad de una potente respuesta: el empleador insiste en que otra razón legítima explica el despido. La incompetencia del trabajador es una razón obvia, que comparte solo una característica con la raza y el

---

<sup>2</sup> Para las cifras federales, véase el reporte anual de la Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) de 1989. Cerca de 40 mil de estos reclamos son efectuados al amparo del Título VII y, aproximadamente, 11 mil son efectuados al amparo de las leyes sobre discriminación por edad. La American with Disabilities Act no fue promulgada hasta 1990 y no se refleja en estas cifras.



sexo: nunca puede descartarse de plano. Pero hay también otras razones: la empresa se ha reducido, hay algunos trabajadores que se han dejado de lado, la empresa ha cambiado su estrategia y necesita empleados con diferentes habilidades. El empleador no gusta del trabajador por alguna otra característica personal —conducta asparentosa, holgazanería indebida o estilo de vida desordenado— que no está en la lista legislativa de fundamentos prohibidos. Hay indudablemente un gran número de casos de doble motivo, en el que algún nivel de fundamento prohibido y algún juicio sobre competencia (o reducción de fuerza de trabajo) pueden explicar la decisión particular.

Comúnmente se dice que ninguna ley contra la discriminación impide a un empleador despedir a un trabajador por incompetencia. Literalmente entendida, la afirmación es cierta, pero en la práctica es manifiestamente falsa dado el riesgo de fallos erróneos. En la mayoría de los casos, el empleador puede afirmar que el despido se debió a la incompetencia y puede demostrar esa afirmación con una amplia documentación que muestre cuándo el trabajador llegó tarde, cuándo fue sancionado y cosas similares. Pero la evidencia de este tipo puede desatenderse, por lo que, excepto en los casos de certeza fáctica, los trabajadores incompetentes pueden intentar esconderse detrás de los reclamos de discriminación aun cuando su conducta ha sido deficiente en todas las formas. Entonces, dada esta rutinaria incertidumbre, aun la forma de ley contra la discriminación más simple tiene que buscar pruebas; primero para distinguir casos de motivos justificados de casos con motivos prohibidos, y luego para determinar si se impondrá la responsabilidad cuando ambos motivos estén presentes en diferente grado.<sup>3</sup> El rango de decisiones de empleo a las que estas complejas definiciones deben aplicarse es extremadamente grande, porque no es suficiente regular las decisiones de contratar si las decisiones de despedir, ascender, bajar de categoría y transferir se dejan sin regular. Los redactores originales de las leyes sobre discriminación laboral sabían que no podrían estar contentos solo con una provisión de cobertura restringida. Todas las decisiones sobre personal tenían que estar comprendidas dentro de la ley si iban a estar en capacidad de enfrentar las posibilidades de evasión.

Algunos temen que el refuerzo más fuerte del estándar de trato dispar dejará muchos casos de discriminación sin ser detectados. Para alcanzar estos casos, hoy la ley (más notoriamente en casos de discriminación por raza y sexo) recurre a medidas objetivas, a saber, aquellas que muestran los impactos dispares en los miembros de dos grupos diferentes —hombres y mujeres, negros y blancos— de los que se dice ofrecen evidencia circunstancial de discriminación.<sup>4</sup> El uso de estas disparidades estadísticas

---

<sup>3</sup> *Mc Donnell Douglas v. Green*, 411 U.S. 792 (1973) es la primera de las muchas reiteraciones del problema.

<sup>4</sup> Véase *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971). A pesar de que el caso *Griggs* fue algo impactante en el horizonte legal cuando fue emitido, hoy ha sido más o menos codificado en el *Civil Rights Act* de 1991.

podría volverse inconsistente con los exámenes menos polémicos de trato dispar, excepto por una razón crucial: el fundamento del trato dispar del trabajador puede aceptarse si el empleador puede establecer causas legítimas de despido. Pero en el contexto estadounidense, al menos, la cuestión clave en los casos de impacto adverso no son los motivos ni el pretexto, sino si puede demostrarse alguna «necesidad del negocio» que explique las diferencias percibidas. Los estándares verbales precisos en este tema han cambiado con el tiempo, y no es muy evidente que la necesidad del negocio vaya a usarse solo para sustentar aquellas prácticas estrictamente necesarias para evitar la quiebra. Sin embargo, y sin perjuicio de la confusión doctrinal, un elemento importante se ha mantenido constante después de todo: no se admite la evidencia de una causa justa para explicar las diferencias observadas en porcentajes de contratación de varios grupos. Dado que hay diferencias estadísticas fuertes y pronunciadas que permanecen en muchas prácticas de contratación estándar, incluyendo la mayoría de formas de exámenes de trabajo, constantemente ingresan a los archivos conjuntos formidables de los testimonios de los expertos.

Ahora, ¿qué se gana —si es que se gana algo— con el uso de tan formidable estructura legal para atacar el problema de la discriminación? La respuesta es «nada», excepto falta de tranquilidad social y una fractura económica.

Las leyes contra la discriminación ignoran el poder del mercado para tratar con las más ofensivas formas de discriminación. El punto básico se remonta hasta la distinción fundamental entre el uso de la fuerza de un lado y la negativa a negociar del otro. La amenaza de la fuerza exige que cada persona haga las paces con las personas que son sus peores enemigos. Además, no será provechoso hacerla con uno solo si los otros están listos a infligir daños. Para cuidarse de los otros, debe haber un elaborado conjunto de tratados con algunos agresores y grandes alianzas privadas de defensa. Mientras que los costos de transacción sigan siendo prohibitivos, es improbable que alguna persona pueda asegurarse una protección contra la invasión corporal mediante un conjunto de contratos privados, no importa cuán inteligentemente sean concebidos y ejecutados. Las teorías sobre el contrato social de Hobbes y Locke estaban enfocadas en el control de la fuerza privada, para la que ninguna red de contratos privados puede proveer una respuesta adecuada.

Con la discriminación, sin embargo, la constelación de opciones y resultados para cada individuo es muy diferente. El Estado ya ofrece protección contra el uso de la fuerza, de forma que ningún individuo tenga que comprometerse en una red de contratos para alcanzar la seguridad personal necesaria para asumir las transacciones voluntarias. Ahora el potencial empleador o empleado tiene una tarea mucho más manejable: buscar en el otro lado del mercado al socio contractual que le ofrecerá el mejor trato. En este ambiente, un gran número de individuos pueden tener prejuicios contra esta tarea; pero el punto es de consecuencia reducida, porque la tarea es encontrar solo a esa persona que hará la oferta más alta por sus bienes o servicios. Toda la acción



involucra a ese selecto grupo de individuos dispuestos más favorablemente hacia el trabajador y no al peor enemigo o al votante promedio. Más aun, el empleador que sacrifica el bienestar económico en perjuicio personal al final pagará por sus preferencias. Al no contratar la mejor fuerza de trabajo y tomar trabajadores inferiores, sacrificará recursos para dejarse dominar por sus opciones de consumo y estará en sistemática desventaja respecto de los empleadores cuyas motivaciones son más racionales.

Desde este punto de vista, el elemento clave del éxito de los miembros de los grupos minoritarios no es la ostensible protección de una ley contra la discriminación sino la libre entrada de empresas y trabajadores en un mercado abierto. Un estudio reciente de la industria de camiones describe bien la capacidad relativa de la legislación estadounidense de derechos civiles y la entrada libre para enfrentar las formas persistentes de discriminación.<sup>5</sup> Esa industria, que estuvo por mucho tiempo cerrada para los individuos de raza negra, fue regulada por el Civil Rights Act de 1964. Sin embargo, el porcentaje de camioneros negros en las rutas preferidas apenas aumentó durante los primeros años posteriores a la promulgación de dicha ley. Pero en 1979 vino la desregulación, y con ella llegaron nuevas entradas y un dramático aumento en el nivel de participación de esta raza en la industria. Con las viejas barreras dejadas de lado, las nuevas empresas pudieron competir en una industria en la que las cómodas prácticas alejaban a los interesados de la competencia. Las nuevas entradas en la industria no implicaron ningún costo administrativo y, en cambio, desplazaron otra capa inútil de regulación gubernamental. Así, sus resultados fueron incluso más importantes que aquellos traídos por el Civil Rights Act, que ni siquiera tocó las restricciones a la entrada en la industria.

El ingreso abierto hace mucho para cambiar la composición de una fuerza laboral dentro de una industria, pero no necesariamente reducirá los niveles de discriminación dentro de cada empresa. No todas las formas de discriminación están equivocadas necesariamente. Muchas pequeñas empresas o departamentos de empresas más grandes pueden considerar más barato operar si contratan a todos sus miembros de un solo grupo racial o solo hombres o solo mujeres. Sin embargo, para que esta estrategia sea exitosa, debe generar más ahorro de costos, el mismo que será transferido a los demás mediante precios más bajos por sus bienes y servicios. No existe, además, ninguna necesidad de que el Estado decida qué formas de discriminación son dañinas y cuáles se justifican en razón de costos. La supervivencia de la empresa tendrá mucho que ver con lo adecuado de sus decisiones. Mientras las prácticas contractuales estén protegidas de las varias formas de violencia física, la situación estará bajo control. Aun

---

<sup>5</sup> HEYWOOD, John S. y James H. PEOPLES. «Deregulation and the prevalence of Black Truck Drivers». *Journal of Law & Economics*. vol. 37, 1994, p. 133. El análisis fundamental de la discriminación en mercados competitivos es todavía el de BECKER, Gary S. *The Economics of Discrimination*, 2ª ed., 1971.



las prohibiciones legales contra el fraude y el error, ambas altamente deseables, son menos importantes en el gran esquema de las cosas. Escoger los socios contractuales apropiados reducirá en gran parte el riesgo de fraude y, por consiguiente, reducirá la importancia relativa de la protección legal.

Es posible, además, identificar algunas razones de por qué algunas formas de discriminación son racionales. Las empresas son organizaciones sociales complejas que no pueden acudir a la acción legal para resolver la continua aparición de disputas. La naturaleza «relacional» de los contratos de trabajo exige mecanismos informales de cumplimiento y modificación, que en algunos casos se establecen mejor prestando mucha atención a la composición interna de la fuerza laboral. Si los trabajadores vienen del mismo vecindario, van a las mismas iglesias, pertenecen a los mismos clubes, será más difícil para ellos (y para su empleador) escapar de las consecuencias en su reputación causadas por un comportamiento incorrecto y será más fácil para ellos disfrutar de los beneficios del buen comportamiento. La red informal de apoyo y sanciones podría permitirle a la empresa funcionar como una unidad integrada y no solo como un grupo de átomos, cada uno en busca de su propia conveniencia. Adicionalmente, cuando se toma a los trabajadores de las mismas fuentes, la comunicación dentro del grupo es más fácil, y las decisiones colectivas que la empresa deba hacer sobre su gobierno corporativo interno llegarán más fácilmente. Existirán probablemente menos desacuerdos sobre cómo deban resolverse los asuntos comunes del centro de trabajo (decoración, horario, alimentación, música, vacaciones). El consenso generalizado dentro de la empresa ayuda a reducir la evidente carga que de otra forma sería impuesta sobre cualquier mecanismo de gobierno corporativo, sea prudente o justo. No es que todas las empresas deban organizarse sobre este modelo o que no existan beneficios generados por la diversidad dentro de las empresas. Por el contrario, se trata de que algunas empresas o algunos departamentos dentro de algunas empresas pueden encontrar que la homogeneidad opera en ventaja suya. Si lo hace, entonces debería permitirles transitar ese camino.

En respuesta, puede decirse que estas explicaciones del comportamiento de la empresa son demasiado benignas y que más se necesita la ley contra la discriminación cuando el ciego prejuicio social es más fuerte. Pero cuando más se necesita la ley contra la discriminación, es también menos probable que se obtenga aprobación legislativa, porque pocas personas tienen sentimientos tan excelsos y desviados como para ejercer influencia en favor de una capacidad «pública» para la acción legal que contrarrestará sus propios prejuicios. Por tanto, la acción política sobre la discriminación que vino a instancia de Jim Crow en el sur de Estados Unidos (y sentimientos similares en todos los demás lugares) hizo poco para ayudar a las personas ya desfavorecidas en los mercados. Por el contrario, impuso cargas adicionales sobre los ciudadanos de raza negra y otros grupos discriminados. Las crudas formas de exclusión de acuerdo con Jim Crow incluían el uso de leyes sobre seducción y vagancia para

evitar que los empleadores de fuera del estado eleven el precio de la mano de obra de ciudadanos de raza negra.<sup>6</sup> La dominación local del sistema político y el uso extensivo de controles sobre el uso de la tierra libremente disponible para los gobiernos estatales y locales pueden apuntarse también en contra de un empleador local o de fuera del estado que quisiera sortear la convención social dominante. Y, en los demás lugares, la amenaza de la fuerza privada (tal vez con el consentimiento o la ayuda del comisario local) hizo que la entrada libre fuera prácticamente imposible para los foráneos.

Otras limitaciones han operado para mantener a los trabajadores de raza negra constreñidos en el mercado de trabajo, aun fuera del viejo sur. El Davis Bacon Act de la época de la Gran Depresión (1931), al exigir que todos los trabajadores reciban el salario local «prevalente», hizo imposible que los trabajadores de construcción itinerantes de raza negra compitan con sus rivales de raza blanca sindicalizados y más establecidos en el norte, logro que respondió a la intención explícita inicial de la ley. El Railway Labor Act de 1926 redujo a muchos trabajadores ferroviarios negros a un estado subordinado, al forzarlos a estar bajo el control de los sindicatos dominados por blancos. Un mercado abierto evita que cualquier grupo sea descartado. De forma contraria, la legislación permite a cualquier coalición victoriosa llevar su posición al límite.

Exactamente eso ha pasado, en sentido contrario, bajo la legislación estadounidense de derechos civiles en el período posterior a 1964. La ley original, el Civil Rights Act de 1964, fue diseñada para asegurar un régimen «ciego al color» en el que estuviera prohibida la discriminación contra *cualquier individuo* «en razón de su raza, color, religión, sexo u origen». La racionalidad expresada comúnmente para la ley era que los empleadores racionales solo debían tomar en cuenta los méritos y que todo lo demás debía ser ignorado. La ley fue diseñada para proteger a ciudadanos de raza negra y otras contra la discriminación, pero no para concederles ningún favor mediante la ley. Una utopía. Esta altiva concepción no podía durar —y efectivamente no duró— porque nadie ha sido capaz de identificar un concepto público de mérito que opere independientemente de las características especificadas en la legislación inicial sobre derechos civiles. El insistente reclamo contemporáneo por la diversidad marca una expandida determinación social respecto de que la raza, el sexo y la nacionalidad *deben* ser relevantes para las decisiones de contratación en todos los niveles del mercado. En un sistema de mercado, estas deberán ser tomadas en cuenta en proporción a su impacto, sin ninguna referencia o guía desde el centro.

Una vez que las leyes sobre derechos civiles están en los libros, sin embargo, la implementación de la diversidad y las acciones afirmativas toman un curso muy diferente. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha respondido a la inexorable presión

---

<sup>6</sup> COHEN, William. «Negro Involuntary Servitude in the South, 1865-1940: A preliminary Analysis». En Lawrence M. Friedman y Harry N. Weber (eds.) *American Law and the Constitutional Order*, 1988, p. 317.



adoptando un doble estándar explícito a la luz de el nada ambiguo lenguaje «ciego al color» de la ley básica. Se permite a los empleadores desarrollar una discriminación «voluntaria» a favor de los grupos protegidos bajo la ley, aunque se usen las más rigurosas pruebas de impacto adverso para supervisar la discriminación contra los miembros de grupos protegidos. La Corte Suprema ha tratado el tema del impacto adverso sobre grupos favorecidos como si estuviera en un universo económico y social distinto del de la acción afirmativa,<sup>7</sup> pero solo un decidido formalista jurídico podría dejar de notar que las estructuras de incentivos globales generadas bajo su ambigua interpretación de la ley dependen tanto de la zanahoria como del tallo.

En cierto sentido, el rechazo de la Corte Suprema para la versión «ciega al color» de la acción afirmativa es un reflejo apropiado del sentimiento político de gran escala. Cuando se les lleva al límite, muy pocas instituciones, o quizá ninguna, quieren usar una combinación de resultados de exámenes y calificaciones para determinar la composición de su fuerza laboral. Una gran debilidad de la norma de 1964 fue que congeló en una ley un conjunto de opiniones sobre el tema de ceguera al color que han mostrado ser más cambiantes con el tiempo que eternos. Las fuerzas para la diversidad y la acción afirmativa son simplemente demasiado fuertes para ser negadas. Precisamente debido a que son demasiado fuertes, no necesitan del fuerte brazo del gobierno para obtener su impulso. Si el tema de la discriminación se dejara al mercado, las mismas fuerzas políticas encausadas a favor de la acción afirmativa podrían aún tener voz dentro de las organizaciones privadas; pero el apego legal a la acción afirmativa sería eliminado. Su neutralización, en cambio, debería moderar algunos de los más viles comportamientos discriminatorios dirigidos hacia el principal grupo no protegido, los hombres blancos (no todos los cuales son hábiles) que ahora enfrentan formas de discriminación que son más abiertas y penetrantes de lo que hubieran sido si no hubiera existido ninguna ley de derechos civiles.

Los juicios sobre diversidad y acción afirmativa son intrínsecamente asuntos de gradación que requieren una interacción entre diferentes tipos de preocupaciones: más crudamente, consideraciones de mérito, injusticias pasadas, trato igual y diversidad. Nadie posee el monopolio de la sabiduría sobre las interacciones relevantes. Cuando la política se superpone al mercado, la mayoría toma virtualmente todo el pastel en lugar de su porción adecuada, porque no hay un sistema de corrección para detener las cosas cuando los costos de acción del gobierno se hacen demasiado altos. La situación es mucho más estable y socialmente deseable si a los cambios en el sentimiento se les permite expresarse a sí mismos solo en forma de incrementos en el mercado común. En efecto, una de las grandes ventajas que los mercados tienen sobre la política es que estos fuerzan a los actores a hacer cálculos marginales dolorosos de cuánto

---

<sup>7</sup> Véase *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979).



pueden tener de una cosa buena sin que se convierta en una cosa mala. Los enormes cambios que en los últimos cuarenta años ha sufrido la opinión pública no hubieran sido desoídos en un mundo sin legislación. Pero con sus diferentes respuestas para las varias formas de discriminación, las leyes sobre derechos civiles han generado más desacuerdo, más discriminación y más perturbación de la que han eliminado.

Los problemas con las leyes no surgen solo en el límite entre ley y política. Existe también una legión referida a asuntos más puramente económicos. El principal problema aquí se enfoca en la definición apropiada del término «discriminar». A un nivel, puede asumirse que el término se refiere a cualquier esfuerzo para distinguir o clasificar individuos basándose en categorías prohibidas mediante una ley; pero muchos puntos cruciales se pierden si se pone el énfasis en la forma, a expensas de la esencia. En áreas económicas ordinarias, cuando surge el tema de la discriminación ilegal en precios, la pregunta no se detiene en una diferencia observada en precios o salarios. La segunda interrogante es si alguna justificación de costo explica esa diferencia. Si cuesta más dinero servir al cliente A que al cliente B, la pregunta es si el diferencial de precio refleja la diferencia subyacente en costos. Si alguna utilidad monopólica excesiva se encuentra oculta en el diferencial de precio, existe una discriminación ilegal; pero si no, las diferencias de precios se hacen necesarias para evitar distorsiones que normalmente surgen cuando algún consumidor es subsidiado por otro.

Exactamente la misma ambigüedad en el significado de «discriminación» surge bajo la ley de derechos civiles, en la que recibe precisamente la respuesta incorrecta. Más atrás, se entendió que el Civil Rights Act de 1964 era letra muerta si alcanzaba solo a la discriminación explícita y abierta. Pero con el movimiento de las teorías sobre impacto adverso, los legisladores perdieron de vista un punto que en la práctica ha probado ser más importante: ¿qué debe hacerse si dos trabajadores generan al empleador los mismos beneficios pero distintos costos? Para tomar un ejemplo simple, supongamos que un trabajador y una trabajadora son capaces de producir X productos por día. Supongamos además que la tasa de daños y, por tanto, el monto de compensación para la mujer son tres veces la del trabajador hombre. ¿Deben los trabajadores hombre y mujer tener la misma remuneración, para evitar la daga del Título VII, o *debería* haber —o *debe* haber, de acuerdo con la ley— un ajuste del nivel de salario del hombre y la mujer de forma que el costo total (salarios más primas, en este simplificado modelo) sea el mismo para ambos grupos e individuos? Solo cuando se satisface esa condición debe un empleador ser indiferente al sexo del trabajador que contrata.

La regla no desafiada exige hoy salarios iguales y prescinde de las diferencias en costos colaterales. La teoría es que, si se toman en cuenta los diferenciales en los costos, la ley se convertirá en letra muerta, que, a pesar de *veracidad*, es lo que debería ser. Sin embargo, existen consecuencias sociales adversas que surgen de ignorar la información relevante sobre los costos. En un sentido económico, la ley, en el supuesto dado, exige al empleador discriminar a los hombres, con todas la ineficiencia del

mercado que ello implica. El subsidio implícito hace que el empleador tenga menos incentivos para contratar mujeres, para quienes la ley ahora exige, sistemáticamente, salarios que van sobre el nivel de mercado. Esto hecho afecta a los hombres, cuyos niveles salariales se reducen consecuentemente y que, en algunos ambientes en los que el trabajo de equipo es crítico (la construcción civil me viene a la mente), pueden estar expuestos a mayor riesgo de daños en virtud de trabajar con mujeres. Los hombres también pueden objetar cuando el dinero, que podría invertirse en salarios, se gasta en instalaciones sanitarias de gran beneficio para las mujeres, pero de ningún beneficio para ellos. No es raro que la resistencia actual frente a las leyes contra la discriminación sea extremadamente fuerte en determinadas ocupaciones, pero no en otras: frecuentemente hay razones industriales perfectamente racionales para muchos empleadores y trabajadores que se oponen a ellas.

La explicación legislativa típica de la discriminación se ha trasladado últimamente a las personas discapacitadas. Así, el American with Disabilities Act, (ADA) toma la misma posición forense que la anterior legislación sobre derechos civiles. Sanciona cualquier diferencia de trato atribuible a la discapacidad y, específicamente, exige a los empleadores ignorar las diferencias de costo necesarias para permitir a diferentes trabajadores laborar a determinados niveles de eficiencia. La ADA reconoce que nada puede hacerse para que los ciegos vean o los sordos escuchen, pero si bien no exige lo imposible, exige todos los «acomodamientos razonables» que no resulten en un «trato indebido» para la empresa. En cualquier estructura de mercado, algunas empresas buscarán agresivamente contratar trabajadores discapacitados cuyas limitaciones sean relativamente de poca consecuencia para su trabajo. Las compañías de telefonía o las editoriales de libros de Derecho, por ejemplo, tienen muchas facilidades para hacer viable su condición. Sin embargo, la actual ley insiste en que todas las empresas sigan los mismos pasos, aun cuando el beneficio social de la inversión sea mucho menor para algunas empresas en comparación con otras. La ADA ha sido elogiada como una proclamación de emancipación, pero se ha puesto poca atención en el deterioro de los niveles salariales y las condiciones de trabajo para otros trabajadores, que inexorablemente continuarán si sus disposiciones se cumplen cabalmente. El mandato de grandes cambios sobre la manera en que se hace negocios no generará beneficios netos una vez descontados los costos implicados. En este contexto, como en otros, la separación del control legal de la justificación financiera conducirá a inversiones excesivas e inútiles, con la posibilidad de un crecimiento importante en el número de litigios.

El problema de la discriminación justificada en costos no se limita a varios términos y condiciones dentro del centro de trabajo. Toda la red de pensiones y seguros es fuertemente dependiente, por ejemplo, de las clasificaciones en razón de sexo. Como antes se dijo, estas discriminaciones formales sobreviven en el mercado porque toman en consideración las diferencias en costos relacionadas con el sexo. Las mujeres, como grupo, viven más y deben, por tanto, pagar menores primas de seguro —hecho positivo—,



pero reciben un pago de pensión anual menor por cada contribución —hecho negativo—. El embarazo es una condición costosa de tratar médicamente y, cuando está cubierta por un seguro, conduce a dramáticas diferencias entre las tarifas médicas de hombres y mujeres. Sin embargo, las justificaciones de costos para estas distinciones en los casos resueltos, se ignoran voluntariamente, con la misma mala distribución de recursos indicada antes.<sup>8</sup> Una ley contra la discriminación laboral que comienza tratando de eliminar las fuerzas irracionales del mercado termina por configurar una forma implícita de subsidio que no puede sostenerse en una estructura de mercado. Nuevamente, la definición formal de discriminación es, al final, incompatible con el análisis económico más certero.

Un enfoque similar se toma con la ADA, que prohíbe a los empleadores preguntar sobre las condiciones preexistentes de un empleado al decidir a quién contratar.<sup>9</sup> El efecto de esta disposición será en muchos casos considerablemente más dramático que aquel causado por los importantes diferenciales ignorados por las leyes contra la discriminación. Las primas de seguro para un paciente con SIDA son, por ejemplo, al menos veinticinco veces mayores que las de un trabajador saludable. Otras enfermedades —diabetes, epilepsia o enfisema— pueden también imponer mayores costos en las que, de otra forma, serían tarifas estables de seguros. La ADA no obliga a que los empleadores ofrezcan a sus trabajadores un nivel determinado de seguro; solo exige iguales niveles de seguro prescindiendo de las diferencias en los niveles de riesgo.<sup>10</sup> Los empleadores tendrán entonces grandes incentivos para recortar los niveles de cobertura tanto para trabajadores saludables como para enfermos o para eliminar el seguro grupal definitivamente, más allá de su enorme eficiencia en mercados no regulados. Y el consiguiente cambio en los mercados de seguros será entendido no como una consecuencia de la regulación, sino como otra inexplicable falla de mercado que, en contraposición, solo incrementará la presión para tener el pleno control estatal del sistema de salud. Aquí, como en cualquier otro lugar, la ADA funciona sobre el supuesto implícito de que es posible mejorar la posición de unos sin comprometer la posición de otros. Hay muchas razones para otorgar beneficios públicos o créditos fiscales a las personas discapacitadas o a las empresas que las contratan. Sin embargo, no las hay para hacerlo mediante sistemas disfuncionales de regulación directa, que solo esconden el costo social de lo que se proyecta corregir.

---

<sup>8</sup> Véase *City of Los Angeles, Department of Water and Power v. Manhart*, 435 U.S. 702 (1978) —iguales pensiones anuales para hombres y mujeres independientemente de su expectativa de vida—; y la *Pregnancy Discrimination Act* de 1978, Ley Pública n.º 95-555, 92 estatuto 2076, 42 U.S.C. § 2000e(k)(1988).

<sup>9</sup> EPSTEIN, Richard A. *Forbidden Grounds*, 1992, pp. 488-493.

<sup>10</sup> *American with Disabilities Act*, Ley Pública n.º 101-336, 104 estatuto 328, 42 U.S.C. § 12101 et seq. (1988).



La naturaleza dictatorial de las leyes contra la discriminación va más hondo, porque la supervisión del principio contra la discriminación exige a los empleadores ignorar, salvo cuando la acción afirmativa está en juego, las preferencias de sus consumidores, empleados y proveedores. Frecuentemente hay poca preocupación por la raza o el sexo de un empleado. No obstante, el sentir común no es necesariamente universal: en el caso de los médicos y las enfermeras, el personal de venta de lencería, los instructores de esquí, los asistentes personales o muchos otros trabajadores, la raza, el sexo y el grupo étnico frecuentemente tienen una importancia clave. ¿Realmente queremos convencer a una mujer embarazada sobre la importancia de contratar a un obstetra hombre si ella desea lo contrario? ¿Realmente creemos que las preferencias de la gente alrededor del mundo son tan uniformes que todos mostrarán preferencias por el mismo grupo de hombres blancos si vienen de tan diferentes trasfondos y culturas? El riesgo totalitario de reformar las preferencias individuales debería ser evidente para todos nosotros. Si estas lo son, entonces lo que debe hacerse es defender nuestro espectro colectivo y permitir que cada persona tome su propio camino en estos importantes asuntos de elección. Las personas que pierden en un conjunto de transacciones están en capacidad de ganar en otros, y la esencia de esta selección probablemente no decaerá en el caso del grupo de las personas discapacitadas, dado que grandes cuotas de discriminación, especialmente en educación y empleo, giran fuertemente en su favor. En todas las otras áreas de la vida, la función de los mercados es satisfacer las preferencias del consumidor a bajos costos y no cambiarlas. Pero el Estado está tan confiado en su visión del bien y del mal colectivo con la ley de derechos civiles, que está dispuesto a forzar sus juicios dentro de la garganta de aquellos que se atreven a desear algo distinto. Confieso que tampoco tengo ningún lugar en la sabiduría moral, y eso constituye una razón para permitir que las personas escojan su contraparte comercial en los términos que ellos encuentren apropiados.

Otra ironía de las leyes de derechos civiles merece una mención breve. No hay límite natural al número de clases protegidas y ningún principio claro que indique cómo resolver los conflictos entre los miembros de las clases protegidas. Puede parecer suficientemente directo proteger al negro del blanco o a la mujer del hombre, pero los argumentos se hacen más complicados cuando una disputa enfrenta a hombres negros contra mujeres blancas, o a negros contra personas de origen hispano, o a ambos contra personas de origen asiático. En estos casos, discriminamos a favor y en contra de clases protegidas, y el bien que supuestamente se hace de un lado es contrarrestado por el daño infligido en el otro lado. Las cosas solo se hacen más complicadas cuando se añade a la lista de actos prohibidos la discriminación por motivos de edad y de discapacidad. La posibilidad de mantener a los trabajadores mayores en puestos clave (opción que representará un importante gasto en las universidades de investigación, ahora que los miembros de una facultad pueden trabajar indefinidamente, pasada la edad de setenta años) impondrá a los trabajadores jóvenes un daño mucho mayor del

que cualquier ley de derechos civiles pueda rectificar. Entonces, todo el sistema es un cruce masivo de transferencias escondidas que, en suma, son un impuesto neto a la operación del sistema en conjunto. Evidentemente, estamos mejor como nación eliminando los costos administrativos que magnifican las distorsiones en la distribución de recursos.

Puede decirse que todo esto es solamente un asunto de pura teoría y que las leyes en realidad han hecho más bien que mal. Sin embargo la evidencia empírica, aunque incompleta, se inclina claramente en la dirección opuesta.<sup>11</sup> Inicialmente, es difícil estimar los costos totales del cumplimiento de las leyes sobre derechos civiles, pero seguro deben de ser de miles de millones de dólares, aun si solo tomamos en cuenta los costos directos de litigar y los costos sustanciales de enseñar a millones de empleadores y trabajadores lo que la ley exige. La distorsión de incentivos para el comportamiento a que me he referido solo aumenta la factura global. Cualquier justificación posible para las regulaciones debe apoyarse en su ostensible efecto distributivo favorable, y este es muy difícil de encontrar. La más clara medida del efecto de las leyes sobre derechos civiles en raza, por ejemplo, es la ratio de salarios de trabajadores negros y de trabajadores blancos. Esta cifra mejoró en los años siguientes a la promulgación del Civil Rights Act de 1964, como había mejorado en los veinticinco años anteriores a la promulgación de dicha ley. Pero esa ratio ha permanecido esencialmente sin modificaciones desde 1975, a pesar del vigoroso movimiento de supervisión del Civil Rights Act y el extendido uso de los programas de acción afirmativa, algunos de los cuales se hubieran realizado aun en ausencia de cualquier regulación específica.

La acción afirmativa voluntaria debe, en sí misma, explicar alguna mejora en la ratio, por lo que, si las cosas no han cambiado mayormente, el lado coercitivo del cumplimiento de las leyes sobre derechos civiles probablemente ha tenido efectos negativos. No es difícil encontrar la explicación. Como en otras áreas de la actividad humana, las empresas reguladas han encontrado maneras por medio de la ubicación de fábricas, anuncios, clasificación de trabajos e inversiones de capital para escapar (a un costo privado y social positivo) de las restricciones de las leyes sobre derechos civiles, mucho antes de que el primer empleado dé un paso dentro de la oficina de contratos. Sin embargo, el que estas empresas desarrollen esos actos evasivos no significa que no recurrirán a cuotas y otros dispositivos de contratación ineficientes para reducir el riesgo de ser declaradas responsables en estructuras de las que es muy costoso escapar. Peor aún, la ratio, difícilmente constante entre los salarios de trabajadores negros y blancos, es consistente con un estándar de caída del nivel de vida para ambos

---

<sup>11</sup> Para un resumen de la evidencia empírica, véase HECKMAN, James J. y H. Hoult VERKERKE. «Racial Disparity and Employment Discrimination: An Economic Perspective». *Yale Law & Politics Review*, vol. 8, 1990, p. 276.



grupos. Generalmente, se puede decir lo mismo acerca de la reducción de la diferencia entre géneros, mucha de la cual se atribuye a la caída de los salarios de los hombres. Cuando se examinan todos los datos, está claro que el caso material en defensa de las leyes de derechos civiles no se ha sustentado en los mismos fundamentos tradicionales utilizados originalmente para justificar las leyes.

En el mejor de los casos, uno podría señalar un conjunto de beneficios simbólicos. Las leyes no hablan en un sentido unívoco. Si las leyes sobre derechos civiles supuestamente representan un compromiso nacional para ayudar al débil y al desvalido, frecuentemente estas transmiten otros mensajes. Así, incentivan a los grupos, sin importar su éxito en la arena política, a mantener una posición de víctimas para que nadie piense que una moderación en las circunstancias sociales pueda justificar el relajamiento de la supervisión partidaria de las leyes sobre derechos civiles. Los argumentos originales a favor de las leyes se referían específicamente a las barreras legales para los mercados, al prejuicio abierto y sistemático que sustentaba esas barreras, y luego proponían leyes «ciegas al color» para evitar este tipo de abuso. No obstante, la radical transformación del ambiente cultural y legal no ha hecho nada para evitar que el clarín llame a las armas. Hoy los enemigos son las formas inconscientes y ocultas de discriminación que exigen un masivo compromiso nacional por la diversidad y la acción afirmativa, que se hará, por supuesto, a nivel colectivo. Así reformada la ley sobre derechos civiles, todos tienen alguna excusa para fallar. Aquellos que están fuera del ámbito de protección de la ley pueden recurrir a la discriminación oculta que los deja fuera e insistir en que esto no se justifica en una mala conducta suya. Sin embargo, aun aquellos que se benefician de los programas pueden invocar su propia existencia como un dramático testimonio de la penetrante naturaleza de la vil discriminación. A cada paso, la falla institucional en alcanzar números y objetivos será entendida no como evidencia del triste estado del lado de la oferta en el mercado (por ejemplo, la escasez de doctorados de raza negra, en matemáticas o ciencias) sino como una evidencia de corrupción institucional, hecho que exigirá actos de supervisión pública más estrictos, actos que sin duda serán tan fallidos como aquellos que los precedieron.

Existe una última ironía. La supervisión de las leyes sobre los derechos civiles consume recursos públicos que podrían tener otro destino: el mantenimiento de la ley y el orden. Creo que el billonésimo de dólar invertido en el reclutamiento y entrenamiento de policías, fiscales y jueces, ofrece un beneficio social mucho más grande que el generado por el primer dólar gastado en la supervisión del cumplimiento de las leyes contra la discriminación. Los principios de escasez no quedan suspendidos mientras el Gobierno hace nuevos saqueos en áreas de la vida social aún no reguladas. Los mejores y más brillantes están ahora dedicados a una empresa que premia el brillo intelectual y la sofisticación matemática, pero absorbe a la gente capaz cuyos esfuerzos se dirigen mejor hacia contrarrestar el ilimitado uso de la fuerza. No creo que sea una mera coincidencia que el nivel de criminalidad y violencia haya aumentado mano a



mano con el creciente compromiso de la supervisión del cumplimiento de las leyes sobre derechos civiles. Las leyes sobre derechos civiles abordan la discriminación como si fuera equivalente al uso de la fuerza, y entonces consumen recursos que estarían mejor invertidos en las formas tradicionales del cumplimiento de la ley. Un principio de conservación de la agitación es aplicable: si tratamos la discriminación como equivalente a la fuerza, entonces ¿por qué debería sorprendernos la erosión de la prohibición moral contra el uso de la fuerza?

Las leyes contra la discriminación laboral, muestran, más claramente de lo que uno podría suponer, la importancia de mantener las reglas simples que gobiernan la operación de un orden social correcto. En todos los temas, tanto grandes como pequeños, lo opuesto a la libertad de contratación es siempre una forma de dominación social por cualquier grupo que ostente poder político. La idea de un orden social basado en la libertad individual y el control del uso de la fuerza y del fraude es indivisible a lo largo de sus varios dominios. Cuando esta se encuentra comprometida en nombre de los derechos civiles, se encuentra comprometida en todos los demás.

## VALOR COMPARABLE

El sistema de valor comparable avizora un nivel de control gubernamental que es más expansivo que aquel impuesto por las leyes contra la discriminación, porque en su corazón, el valor comparable exige equidad en el pago, no solo a trabajadores que desarrollan la misma labor sino, también, a trabajadores que desarrollan distintas labores juzgadas por algún panel gubernamental como equivalentes en su valor social.<sup>12</sup> Tal como las leyes contra la discriminación, el valor comparable es propuesto como un remedio indoloro. Se dice que dentro del mercado existe una desigualdad que es inmune a la corrección por medios voluntarios, aunque haya literalmente miles de personas que tratan de contratar trabajo que esté subvaluado en su uso actual. La corrección de esa ostensible desigualdad supuestamente nos permite alcanzar de manera simultánea lo mejor de dos mundos posibles: mayor justicia y mayor eficiencia. Al igual que con las leyes contra la discriminación, parece claro que esta promesa es insostenible. Los mayores costos administrativos creados por un sistema de valor comparable deben justificarse por la creación de incentivos superiores para la labor productiva. Sin embargo, las leyes de valor comparable van más allá, porque los incentivos que generan son totalmente perversos. La violación del principio de la regla simple de intercambio voluntario tiene un alto costo.

---

<sup>12</sup> Para las mejores críticas a las leyes propuestas, véase PAUL, Ellen Frankel. *Equity and Gender: the Comparable Worth Debate*, 1989; y WEILER, Paul. «The Wages of Sex: The Uses and Limits of Comparable Worth». *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, p. 1728.

Al tratar estas leyes, es imperativo saber qué gira alrededor del uso de un término. Cuando alguien dice que la ley se refiere a la «equidad en el pago», la pregunta esencial es qué se entiende por «equidad» o «justicia». Hubo un tiempo en que pensé que sabía exactamente lo que el término implicaba. Un sistema justo, tal como yo lo entendía, era siempre aquel basado en la autonomía y la elección privada. Una teoría de justicia era aquella que permitía a los individuos tener zonas en las que pudieran tomar sus propias decisiones y que les exigiera honrar las promesas que hicieran. Cuando el polvo se disipó, la preocupación por la justicia condujo al mismo sistema de libertad contractual que en muchos contextos ha sido presa de la regulación gubernamental. Pero, actualmente, el término «justicia» ha sido llevado a un estándar *antimercado*, alcanzable solo mediante una acción gubernamental de intervención. El Fair Labor Standards Act de 1938 no es una arena para la libertad individual.<sup>13</sup> Es una ley que autoriza la administración de leyes de salarios mínimos y también de las huestes de leyes laborales restrictivas, incluyendo la del trabajo desde casa. De forma similar, el National Labor Relations Act no denomina como práctica laboral injusta el uso de la fuerza, la intimidación o el fraude en la formación o mantenimiento de las relaciones laborales. Por el contrario, establece todo un sistema de negociación colectiva obligatoria, que torna ilegal cualquier acuerdo en el que empleador y trabajador busquen desatender lo dispuesto por un representante sindical electo.

Resulta que estas opuestas concepciones de justicia dentro de la arena legal son en muchas formas reflejo de grandes disputas filosóficas sobre lo que significa hablar de justicia entre individuos en una posición natural, una suerte de estado de naturaleza. Bajo la primera regla simple, cada persona es inicialmente propietaria —y tiene el legítimo derecho de serlo— de los talentos y dones que le haya tocado recibir, ya sea por atributo genético o por medio de circunstancias sociales. En contraste, las muy poderosas concepciones modernas de justicia o de equidad, tal como han sido desarrolladas largamente por John Rawls en su obra *Teoría de la Justicia*, insisten en que esta distribución natural de talentos es esencialmente arbitraria y que la mayor función del Estado debe ser tomar los talentos de una persona y asegurarse de que estos sean compartidos en una forma socialmente justa con todos los demás individuos. De esa manera, una posición sobre la justicia basada en la propiedad privada y el dominio sobre uno mismo colisiona con una teoría fundada en la propiedad colectiva del trabajo, y por fácil extensión, de todos los medios de producción.

Es sabio ser cauto sobre una idea de justicia tan amplia, tan rica y tan llena de diferentes significados, de manera que todos puedan poner su propio programa político particular bajo su espacioso manto. La pregunta crucial sobre «pago equitativo»

---

<sup>13</sup> Fair Labor Standards Act de 1938. Ley Pública n.º 75-718, 52 estatuto 1060, 29 U.S.C. § 201 et seq. (1988).



es la de si existe alguna precisión en el término: algo que decida que la equidad va a ser una determinación colectiva o, alternativamente, que la equidad va a ser determinada por valuaciones subjetivas individuales como ocurre en el mercado. La pregunta crucial gira, en torno a la relación entre el trabajo y el valor.

En este contexto, hay dos concepciones rivales del valor, una objetiva y otra subjetiva. La concepción común de valor objetivo sostiene que, más allá de la forma en que las personas se comporten en su vida diaria, un observador neutral e imparcial puede hacer una determinación objetiva de qué vale la pena tener y puede cuantificar esa visión con la suficiente claridad para sortear el despliegue de las preferencias individuales en las transacciones privadas ordinarias.

La concepción alternativa, que suscribo, es intrínsecamente subjetiva. Cada persona tiene su concepción de lo que es una buena vida; cada persona cree que determinados recursos son mejor invertidos de una forma que de otra. No hay conmensurabilidad pública respecto de la satisfacción; es imposible colocar una regla sobre la satisfacción o el deseo, y decir que aquí hay tanto y aquí hay otro tanto. No hay, en efecto, ningún observador independiente que pueda decir exactamente qué es valioso para un individuo. Existe una combinación de énfasis político y predisposiciones intelectuales, tan gruesa y entreverada, que tratar de institucionalizarla es, en un sentido, un ejercicio inútil. La palabra clave es «institucionalizar», porque es evidente que las personas hacen comparaciones interpersonales de utilidad todo el tiempo, como con las entregas por caridad. Pero una cosa es decidir estos asuntos por uno mismo, y otra muy distinta diseñar instituciones que puedan hacer estos juicios mediante un proceso colectivo de deliberación, en donde el teje y maneje de las fuerzas y la presión política de los potenciales beneficiarios dominarán las acciones. Es mejor entender estos juicios como subjetivos para protegerlos de las fuerzas y vicios del proceso político.

A partir de las reglas simples descritas antes, al valor se determina desde una posición inicial de propiedad sobre uno mismo (regla 1) mediante un sistema de intercambio voluntario (regla 3). Dentro de ese esquema, el valor no está determinado por la estimación que, del trabajo de una persona, hace cualquier miembro de la sociedad, o una persona hipotética que adjudica un valor promedio a ese trabajo. El valor es asignado por la persona que adjudica el mayor valor a ese trabajo. El intercambio se hace socialmente deseable porque es deseado por las dos partes que lo llevan a cabo. La garantía del valor no proviene de una certificación objetiva o social sobre la bondad de la transacción sino del consentimiento mutuo que la generó. Si el 99,99 por ciento de la población considerara el trabajo de una persona como no valiosa, el mercado podría aún generar un salario alto para el 0,01 por ciento restante.

¿Qué pasa cuando el gobierno recurre a mediciones objetivas del valor? En ese caso, una persona, algún burócrata, tendrá que obtener una determinación colectiva del valor del trabajo, una tarea que puede ser desarrollada solo por una de dos maneras que, por definición, deben ignorar las restricciones comunes de oferta y demanda. La



primera de estas descansa en una concepción marxista, la teoría del valor según el trabajo, que sostiene que el valor atribuible a cualquier bien particular está determinado por la cantidad de trabajo desplegada en él. La dificultad de este sistema de valuación es clara inmediatamente. El objeto que toma dos horas de trabajo para ser desarrollado supuestamente vale el doble de un objeto idéntico cuya fabricación tomó una hora de trabajo. El sistema es casi una terrorífica profecía autocumpliente. A mayor cantidad de trabajo puesta en un bien particular, mayor su valor. Pero, ¿acaso el cobre es más valioso cuando es obtenido del suelo con una cucharilla de té? La teoría puede ganar alguna aceptación porque los bienes que vemos producidos en un mercado tienen, en promedio, mayor valor que el trabajo requerido para producirlos. Pero eso ocurre porque aquellos proyectos con mucho trabajo y poco valor se sacan fuera del sistema por una restricción de demanda que no es tomada en cuenta en la teoría del valor según el trabajo. Los bienes que cuestan enormes cantidades para ser producidos, pero que tienen muy poco valor no son producidos en absoluto. La ausencia de compradores ávidos restringe el nivel general de producción y da una clara alarma para no aventurarse en empresas heroicas para producir bienes que no tienen valor. Los bienes que sobreviven a la restricción del mercado valen el trabajo que se requiere para producirlos.

Desde el sistema de «equidad en el pago», sin embargo, los empleadores y consumidores no determinan el valor del trabajo. Por el contrario, el examen de mercado es entendido como un pobre referente para obtener el valor, que debe ser determinado de acuerdo con algún otro criterio. Dado que la demanda no cuenta, la única estrategia viable es determinar el valor estableciendo alguna función de costo, una tarea nada simple incluso para los consultores a los que se les paga por hacerlo. Este proceso, por ejemplo, supone ver cuántos años de educación tomó adquirir determinada habilidad, cuántas horas de trabajo tomará el hacer determinado tipo de tareas o qué tipo de riesgos están asociados con la actividad, hasta que se pueda alcanzar una valuación para el trabajo en mención.

Pero no es suficiente desarrollar esta tarea respecto de un trabajo. Debe hacerse respecto de todos los trabajos, y debe haber una coherencia interna en las jerarquías. El trabajo A puede compararse con el trabajo B, que a su vez puede compararse con el trabajo C. Entonces, puede hacerse una valuación A-C. Pero A también puede compararse con D, que a su vez puede compararse con C, o A puede compararse con C directamente. El luchar por «justicia» entre, por ejemplo, enfermeras y conductores de camiones es colocar grandes demandas administrativas e institucionales en cualquier sistema de valor comparable. Para que el sistema funcione, toda la red debe estar perfectamente alineada; de otro modo, las ostensibles conclusiones estarían determinadas de facto por medio de la comparación. No podemos tener un sistema en el que el valor comparable de los trabajadores de línea sea más alto que aquel de los supervisores, porque el efecto neto incentivaría a la gente a aceptar rebajas de categoría para

aumentar su ingreso familiar. ¿Por qué adoptar un sistema que ofrece tales anomalías? Las cosas no se hacen más fáciles cuando la tecnología crea nuevos trabajos en nuevas industrias. El sistema de planeamiento central se verá abrumado por los detalles y terminará siempre caminando detrás y a espaldas de la realidad.

Los niveles adicionales de complejidad traídos por este sistema son defendidos en cierta manera en nombre de la distribución justa. Pero debe ser evidente que tendrán fuertes efectos negativos en cuestiones de producción. Los costos administrativos del sistema son mucho más grandes que aquellos incurridos en mercados simples y sus efectos de incentivos serán fuertemente destructivos. El burócrata, el sindicato, el comisionado de pagos o el árbitro podrán definir el valor comparable de cualquier trabajo específico, pero ninguno de ellos estará en capacidad de obligar a un determinado empleador a contratar a determinado número de unidades a un precio establecido. Podemos esperar que las plazas surjan allí donde los salarios son menores a lo que el mercado demanda, y que existan muchos postulantes que esperen en fila o busquen favores, tratando de obtener esas pocas plazas valiosas en las que los salarios son fijados sobre el nivel de mercado. No es probable, en el caso extremo, que alguna empresa que enfrente una escala relativa de salarios rectifique sus antiguas prácticas, confiese su propio error y anuncie que sus propias prácticas han marginado o devaluado la contribución de las mujeres a su fuerza laboral. Ningún orden desde arriba conducirá a una transformación en los programas de la demanda de las empresas reguladas. El resultado más probable es que el empleador adopte estrategias diseñadas para mitigar los efectos de la ley, más allá de las dislocaciones sociales que ello implique.

¿Por qué querría una persona crear un sistema con tales complejidades? La respuesta más frecuente es que la coerción del Gobierno es necesaria para detener lo que se entiende como una forma perversa de discriminación en razón de sexo dentro de los mercados. Debido a esa discriminación, el argumento postula que algo debe hacerse para asegurar que el valor que las mujeres tienen en los mercados de trabajo sea igual al de los hombres. Sin embargo, este argumento es notoriamente inútil si la defensa de una ley contra la discriminación general es tan débil como he expresado en la primera parte de este capítulo. La diferencia en remuneraciones percibida —los hombres obtienen cerca de 30 por ciento más que las mujeres en los Estados Unidos— puede explicarse por un gran número de factores. Estos incluyen el número de horas trabajadas, el compromiso con el trabajo, la elección del trabajo y el compromiso con el matrimonio, los hijos y la familia, por mencionar algunas. Finalmente, debemos esperar que una vez que esos factores (además de algunos adicionales de los que no estamos muy conscientes) sean tomados en cuenta, surjan explicaciones satisfactorias para justificar la diferencia en salarios. El mejor trabajo empírico en esta área apoya esa posición, porque no existe evidencia de que más del 10 por ciento de la diferencia de sueldos no se deba a la actuación de las ya conocidas variables. Ningún sistema de regulación tan comprehensivo y complicado como el del valor comparable podría

esperar cerrar esa brecha sin hacer que hombres y mujeres (y sus familias) estén peor que antes.

Nuevamente, la lógica básica del mecanismo de mercado ofrece su ayuda. Si hubiera grandes cantidades de mujeres que recibieran salarios por debajo de su valor de mercado, algún nuevo entrante podría obtener grandes ganancias al contratar en ese sector.<sup>14</sup> Está muy claro que los mercados nunca están en perfecto equilibrio, porque siempre surgen nuevas oportunidades y nuevos peligros, y estos requieren ajustes poderosos e instantáneos. Por la misma razón, es un error asumir que usualmente están en desequilibrio. Algunos entrarán a llenar la brecha. Al final, el mismo análisis básico se aplica a las tres formas de regulación de los mercados de trabajo: negociación colectiva, sindicación y equidad en el pago. Todas ellas son más caras y menos efectivas que la entrada libre al mercado en la tarea de asegurar los beneficios del empleo debido para todos.

---

<sup>14</sup> FUCHS, Victor R. *Women's Quest for Economic Equality*, 1988.



## CAPÍTULO 10

# Responsabilidad profesional por pérdidas financieras

EL PROBLEMA DE LA responsabilidad profesional por pérdidas financieras atraviesa los continentes; actualmente es un asunto fundamental en todas las jurisdicciones del *common law*: los Estados Unidos, la Gran Bretaña y el Commonwealth. El área está cubierta de litigación masiva. Algunas empresas son reticentes a proporcionar servicios contables o de otro tipo a sus clientes, por temor a las enormes responsabilidades derivadas de los daños que podría arrastrar al proveerlos. Aún más, frecuentemente ellos están impedidos mediante ley de modificar el alcance o magnitud de su responsabilidad mediante contrato. Este es otro caso en el cual la solución simple —contratar— ha sido socavada por jueces cuya simpatía por las soluciones complejas conoce pocas limitaciones doctrinales o institucionales.

### DAÑO O CONTRATO

Hasta hace treinta años, la regla legal ordinaria del *common law*, tanto en Estados Unidos como en el Commonwealth, hacía a los proveedores de información gratuita responsables por pérdidas solamente en caso de fraude. La decisión clave fue la emitida en 1931 por el juez Benjamin Cardozo en el caso de Ultramares Corporation contra Touche, en Nueva York.<sup>1</sup> Su patrón de hechos se ha repetido incontables veces desde entonces. La empresa contable demandada condujo una auditoría de su cliente. La auditoría no reveló los pasivos ocultos o activos inflados de su cliente. El demandado, consecuentemente, confirmó el valor de los negocios de la empresa auditada, y esa confirmación fue confiada por el demandante, una compradora de las acciones o activos del negocio que descubrió, para su pesar, que lo que ella había comprado valía solamente una fracción del precio pagado por su compra. Nadie duda que la compradora tenga derecho a demandar al vendedor por fraude e incumplimiento de contrato. Pero el vendedor (y sus accionistas) no pueden ser encontrados, o han gastado lo

---

<sup>1</sup> Ultramares Corporation v. Touche, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931).

obtenido en la venta. En su desesperación, la compradora se dirige entonces hacia la firma auditora y reclama que su negligencia en la revisión de los negocios del vendedor la condujo a hacer representaciones equivocadas que sobredimensionaron el valor establecido por el vendedor. El efecto principal de la falta de prudencia del demandado fue la compra imprudente, por el demandante, de un negocio sobrevalorado. Rápidamente, siguió su exigencia de una indemnización por daños equivalente a su pérdida en la compra. Se invoca que la negligencia de la firma auditora la hace garante de la pérdida del comprador.

El juez Cardozo sostuvo que no podía ampararse reclamos de esta clase, salvo que el comprador perjudicado pudiera mostrar que la firma auditora había participado en el fraude o había tenido conocimiento del fraude que omitió poner al descubierto. El requisito de fraude y conocimiento podría inferirse fácilmente de la conducta imprudente. Pero la culpa ordinaria no fue una base suficiente para imponer responsabilidad en ausencia de un contrato. «Nosotros dudamos», concluyó él, «que el hombre de negocios promedio, que recibe un certificado sin pagar por ello y lo recibe meramente como uno entre una multitud de posibles inversionistas, investigaría algo más».<sup>2</sup>

Así permanecieron las cosas por treinta años. Luego, en el caso inglés de Hedley, Byrne & Co. Ltd. contra Seller & Partners Ltd., el antiguo consenso fue desafiado cuando la Cámara de los Lores sugirió que la responsabilidad por pérdidas económicas en estas situaciones de tres partes podía ciertamente ser declarada en base a culpa y no solo en caso de fraude o conocimiento del fraude que se omitió poner al descubierto.<sup>3</sup> De por sí, el caso presentó una variación respecto de Ultramares. Una empresa de publicidad proveyó servicios al crédito a su cliente sobre la base de un reporte de crédito emitido por un banquero. Dicho reporte sobrevaloró los activos del cliente, que fue liquidado antes de pagar a la empresa publicitaria por los servicios que le prestó. La empresa de publicidad interpuso luego, ante la corte, su reclamo al banquero por la deuda impaga, a pesar de que no tenía una garantía para esa obligación. Las transacciones en el caso Ultramares y Hedley, Byrne & Co. Ltd. exhiben pequeñas diferencias. La primera transacción fue una compra de activos; la segunda fue una provisión de servicios al crédito. En el primer caso, la emplazada fue una empresa de contadores, en el segundo, lo fue un banquero. En ambos casos, sin embargo, surge la pregunta de qué responsabilidad debería establecerse cuando un auditor hace representaciones imprecisas, quizá negligentemente, de su cliente a un tercero quien, enseguida, se apoya en esas representaciones en su detrimento. Con el objetivo de analizar esta situación, lo mejor es comenzar con un problema de caracterización que de ordinario es puesto de lado en los casos decididos: ¿estamos tratando un caso de contratos?, ¿o estamos

---

<sup>2</sup> Ídem, en 448.

<sup>3</sup> Hedley, Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd., (1964) App. Cas. 465 (H.L.E. 1963).

tratando un asunto de responsabilidad civil extracontractual?<sup>4</sup> En respuesta a esa pregunta, la ley —siguiendo el influyente lenguaje usado por Lord Atkin en los años treinta— en un caso de responsabilidad por productos defectuosos, ha optado generalmente por el enfoque de responsabilidad civil extracontractual y ha tratado al disgustado otorgante del crédito como a un extraño o «vecino» que ha sido perjudicado por los contadores o por un error del banquero. Esta ecuación suena rara al oído porque un vecino normalmente no es tratado como un extraño sino como una persona que vive «al lado», a quien se debe alguna obligación recíproca especial de vecindario. Sin embargo, Lord Atkin da una distinta lectura al asunto, porque en uno de los más famosos pasajes del derecho inglés escribió: «La regla que dice “debes querer a tu vecino” se convierte en ley, en “no debes hacer daño a tu vecino”; y la pregunta del abogado, “¿Quién es mi vecino?” recibe una respuesta restringida. Tienes que tener un cuidado razonable para evitar actos u omisiones que razonablemente puedas prever que podrían hacer daño a tu vecino. ¿Quién, según la ley, es mi vecino? La respuesta parece ser: personas que están tan cercana y directamente afectadas por mis actos que debo razonablemente tenerlas en consideración como si fueran tan afectadas cuando yo dirijo mi mente a los actos y omisiones que son aludidos en la pregunta».<sup>5</sup>

Se hizo claro que la aplicación de este principio del vecino no estaba limitada a los casos que involucraban a extraños a partir de que este principio fue aplicado a la relación entre el fabricante de un producto y el consumidor «remoto» del producto: «[Un] fabricante de productos que él mismo vende, de manera tal que muestre que tiene la intención de que lleguen al consumidor final en la forma en que salieron de sus manos, sin una razonable posibilidad de examen intermedio, y con el conocimiento de que la ausencia de cuidado razonable en la preparación o en la venta de los productos podría resultar en daño a la propiedad o vida del consumidor, debe al consumidor la obligación de tomar ese cuidado razonable».<sup>6</sup>

Las generalizaciones de Lord Atkin son, sin embargo, excesivamente peligrosas porque su invocación del principio del vecino engloba dos tipos distintos de situaciones. La primera clase contiene únicamente casos que involucran daños a extraños, en los que una persona desarrolla actos que causan daño a alguien con quien el actor no está conectado directamente ni por medio de intermediarios. Ese conjunto de asuntos no es relevante en este contexto porque en todos los casos de error, la comunicación del demandado fue enviada al demandante, que hizo entonces una decisión sobre si confiar o no en esa información. La segunda clase, relevante aquí, encierra casos que

---

<sup>4</sup> Para un argumento paralelo, véase GOLDBERG, VICTOR. «Accountable Accountants: Is Third-party Liability Necessary?». *Journal of Legal Studies*, vol. 17, 1988, p. 295.

<sup>5</sup> *Donoghue v. Stevenson*, [1932] App. Cas. 562,580 (H. L. Scott. 1932).

<sup>6</sup> *Ídem*, en 599.



involucran una red de personas relacionadas por una serie de contratos. Estos casos pueden involucrar solamente dos partes, como en el caso de compradores y vendedores; o pueden involucrar tres (o más) partes relacionadas por contrato: propietario, inquilino y subarrendatario; fabricante, distribuidor y consumidor; o contratista general, subcontratista y trabajador.

Lord Devlin, un gran juez de *common law*, aplicó el principio del vecino de Lord Atkin a la transacción comercial, antes que él, en *Hedley, Byrne*. Después de su propio examen exhaustivo, concluyó que en la transacción gratuita expuesta ante él, sería un error ordenar al demandado asumir una responsabilidad financiera, especialmente dado que el anunciador demandante tuvo la libertad de comprar información más precisa antes de tomar y hacer el trabajo al crédito. En este caso, sus intuiciones parecen estar acertadas y, de hecho, conformes muy de cerca a lo que Cardozo había concluido en el caso *Ultramares*. Sin embargo, la tarea de Devlin habría sido mucho más simple si hubiera comenzado con el descargo de responsabilidad expreso que *Heller & Asociados* había incluido en su traslado de información. El resultado de no-responsabilidad fue dictado mediante contrato, sin todos los trabajos *herculeanos* que lo llevaron fuera del camino.

La falla de comenzar con el contrato explícito es solo un síntoma del error en el cual tanto Lord Atkin como Lord Devlin cayeron: la voluntad de usar los mismos principios en escenarios contractuales y escenarios entre extraños. Creo que esta combinación entre extraños y negociantes es fundamentalmente errónea. Recordemos la lógica de la responsabilidad en casos que involucran extraños. Sin la imposición de una responsabilidad, el actor conserva todos los beneficios de actuar mientras externalice parte del costo de hacerlo. El efecto neto era incentivar el desarrollo de ciertas acciones que producen ganancia privada pero pérdida social. El propósito del sistema de responsabilidad es forzar al actuante a tratar las pérdidas de la otra parte como si fueran propias. Una regla de responsabilidad objetiva lograba ese resultado forzando al actuante a pagar por esas pérdidas, sin importar qué nivel de cuidado tenga. Una regla de responsabilidad basada en la culpa forzaba al actuante a tomar esas pérdidas en consideración y permitía a la parte dañada demandar por daños cuando un actuante dejaba de tener el cuidado razonable. En algunos casos, la víctima podría estar en una mejor posición para tomar precauciones contra las pérdidas y, en esas circunstancias, su culpa podría ser usada para reducir o denegar la indemnización. El punto importante para esos propósitos es que la dinámica de los casos de responsabilidad profesional y las expectativas de negocio que ellas generan no responden muy bien a la lógica usada en casos más extraños.

## ARREGLOS CONSENSUALES

Para analizar la situación consensual, es útil considerar el problema en dos etapas. La primera mira el caso simple que involucra solo dos partes, en el que el demandado-vendedor otorga información errónea al demandante-comprador acerca de la condición financiera del negocio que él posee y que está ofreciendo en venta. Una vez que entendamos ese caso será posible mirar la situación, más difícil y polémica, de tres partes sobre responsabilidad profesional por pérdida económica, en la que el demandado, como en el caso *Hedley, Byrne & Co. Ltd.*, provee información sobre la condición financiera de un tercero con el cual el demandante desea negociar.

### El caso de dos partes

Con la finalidad de entender el caso de dos partes es crucial recordar que el problema que se presenta no es aquel encontrado en el caso común con un extraño. Un actuante no ha forzado pérdidas a otra persona sin su consentimiento. Dentro del contexto de un caso de error, ese problema desaparece, porque todos esos casos involucran a dos individuos que desarrollan un negocio juntos. Cuando un demandado desee imponer pérdidas a un demandante, el demandado tendrá que pagar por esas pérdidas. Algún término del contrato básico tendrá que alterarse para reflejar la pérdida que quedará a cargo del demandante, sea por precio o por algún otro mecanismo (tal como tiempo o calidad de gestión) colateral al arreglo. Aun bajo condiciones de incertidumbre, el cambio solamente se realizará cuando cada parte perciba por sí misma que estará mejor con el trato que sin él. Más aún, las partes no aceptarán cualquier acuerdo que mejore su posición inicial. Ellas seguirán tratando en los mismos términos y condiciones del contrato hasta que encuentren el mejor arreglo posible para ambas.

Al tratar las implicancias de este modelo, no debemos asumir que las partes escogieron un régimen que exija al demandado, que ha provisto de información negligente, compensar al demandante por las pérdidas subsecuentes. El problema de negocios de dos partes les exige balancear un conjunto de variables independientes, y cuando todas ellas se toman en consideración, aquella solución unilateral —toda la pérdida recae en el demandado negligente— parece altamente improbable. Permítaseme mencionar algunas de las complicaciones centrales, que una vez más resaltan la interacción entre los costos administrativos y los incentivos legales.

### *Niveles de precaución*

La primera variante relevante se refiere al costo relativo de las precauciones que puede tomar ya sea el que recibe o el que produce la información. Es un supuesto muy

común en el Derecho estadounidense, y me atrevo a decir que en todo lugar, que los consumidores individuales son «impotentes» al tratar de evitar que ocurran varias clases de pérdidas. Sin embargo, ese juicio categórico no describe la realidad porque procede como si, independientemente del nivel de costo, la conducta individual no cambiara: trata la respuesta como si fuera perfectamente indiferente al estímulo y afirma que la gente no responde a los incentivos de ninguna forma. Esa es una manera fundamentalmente errada de concebir los efectos de las normas legales. Si el régimen legal establece, claramente y sin ambigüedad, que una de las partes toma la información y se apoya en ella por su propio riesgo, entonces el nivel de precaución del receptor —cómo esa información es verificada y usada— será mucho más alto de lo que sería si quien da la información ha garantizado o está obligado a garantizar la certeza de la información transferida.

Así, hay dos maneras distintas de incrementar el nivel de precaución del receptor. La primera es reducir el nivel de cuidado requerido bajo la garantía. El que proporciona la información puede hacerse responsable únicamente por no tomar el cuidado razonable o quizá solamente por dar información que sabe que es falsa. Alternativamente, los daños recuperables en el caso de que el proveedor de la información incumpla con su obligación pueden limitarse a una fracción de la pérdida sufrida por el que recibe la información. Un límite máximo de dólares es una manera de lograr ese resultado; denegar compensación por ciertas clases de pérdidas de negocios (tales como utilidades potenciales) es otra. Se puede combinar estos dos enfoques, por ejemplo, en una regulación que permita el pago de daños limitados pero solamente si se prueba la culpa. Sin importar qué enfoque se utilice para abordar la responsabilidad, la tarea de prevención de la pérdida caerá más sobre el demandante, más capaz de desarrollarla, y logrará de ese modo un resultado socialmente deseable.

### *Los costos administrativos*

Los costos administrativos también son de gran importancia en el contexto de la responsabilidad profesional. Supongamos que las precauciones de un cliente contra una forma dada de peligro son más costosas que la precaución del productor. Una firma de contadores puede hacer un mejor trabajo de investigación de errores y fraudes que el que hace la propia firma que audita. De este hecho no se sigue, sin embargo, que bajo aquellas circunstancias la responsabilidad, con compensación completa de daños, deba ser impuesta al contador. Los costos administrativos pueden llegar a ser muy grandes. Si las normas legales necesarias para rectificar un error son muy costosas de aplicar, la voz de la sabiduría dice que es mejor dejar ciertas clases de errores sin exigir pago por su daño. En otras palabras, si el demandado puede evitar una pérdida por 50 dólares menos que el reclamante, pero cuesta 100 dólares en costos administrativos



asegurar que el demandado haga su trabajo, es mejor dejar al demandante defenderse por sí mismo que imputarle la responsabilidad. Esta conclusión no necesita ser imputada a las partes, porque en el momento del acuerdo ellos pueden alcanzarla por sí mismos; y si lo hacen, sus juicios no deben cuestionarse. Nadie puede asumir que la responsabilidad deba imputarse a un demandado solamente porque podría evitar el daño a menor costo. Algunas cosas buenas son demasiado caras para exigir las.

### *La reputación y el desincentivo*

Una tercera variable crítica en estas situaciones es la reputación. La responsabilidad en un universo consensual no significa solo indemnización cuando algo va mal. En lugar de eso, las indemnizaciones compensatorias son una herramienta usada para asegurar el nivel apropiado de desincentivo, de tal manera que no ocurran actividades equivocadas en primera instancia. Haciendo el balance de ventajas, siempre es un error asumir que una parte perjudicada no tiene un remedio efectivo cuando no tiene la posibilidad de invocar la maquinaria legal después del hecho. Hay una lamentable tendencia entre los abogados a decir que si no hay un remedio legal determinado, no existen límites a la conducta humana. Las sanciones sociales no pueden ser ignoradas al determinar el valor institucional de cualquier arreglo legal. Nadie es un agente socialmente libre cuando otros dependen de él, y los clientes no deberían ser tratados como extraños cuyas preferencias deben descartarse simplemente porque ellos no son capaces de ganar un juicio. Los abogados podrían aprender muchísimo de uno de sus propios colegas: John Donne.

Virtualmente, todos los involucrados en negocios reconocen la enorme importancia que en asuntos de negocios tiene preservar la reputación de ser justo y honesto en el modo de negociar. Si una empresa supervisa mal sus cuentas o si construye mal sus edificios, esto es un riesgo financiero, aunque no tenga que pagar ni un solo dólar a la parte perjudicada. Cuando se revela mala información, las pérdidas de la empresa son devastadoras porque esa información va a reducir la posibilidad de que mantenga sus ventas en el nivel anterior. Las personas se unen para hacer un trabajo confiable si es que son repetidos protagonistas en un mercado dado. Cuando el compromiso de reputación es fuerte, los compromisos legales pueden ser débiles, porque pueden asegurarse los incentivos para la buena conducta sin tener que incurrir en los grandes costos administrativos de cualquier sistema de responsabilidad.

### *Las ventajas de la regulación por contrato*

De todo lo dicho, se sigue que no hay absolutamente ninguna presunción de que el régimen de compensación completa, tan frecuentemente aplicable en casos que

involucran extraños, deba trasladarse al caso de arreglo consensual entre dos partes. Típicamente, estos casos consensuales involucran la producción conjunta de información, la prevención conjunta de pérdidas, así como elevados costos administrativos. Desde estas circunstancias, toda clase de mecanismo de coparticipación en las pérdidas tiende a ser superior a la rígida regla de indemnización completa, parecida a la del Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual. Bajo estas circunstancias, es factible tener una regla por defecto que ordena que el demandante tome el riesgo de la información imprecisa salvo que o bien la información se haya adquirido pagando un precio, o bien que haya sido proporcionada fraudulentamente. Esta regla se asemeja a muchas de las reglas de *common law* del siglo XIX, surgidas por los apropiamientos gratuitos que dominaron esa área, tales como la mala práctica médica que involucraba pacientes indigentes, la destrucción de bienes muebles depositados sin pago y la responsabilidad del tenedor del local por huéspedes dañados en su predio. El caso *Ultramares* está indudablemente dentro de esta tradición y, aunque aquella decisión ha sido atacada frecuentemente, su regla que exige el fraude ha tenido últimamente un modesto, pero bienvenido, regreso al uso.<sup>7</sup>

Ese cauteloso enfoque tiene mucho sentido. Dadas las complejidades de la situación, hay riesgos mayores en la regulación externa por medio del sistema de responsabilidad civil extracontractual, que busca fijar de una vez y para siempre el patrón de responsabilidad o la medida de los daños una vez que se ha hallado responsabilidad. Esta conclusión es cierta en cualquiera de los dos posibles estados del mundo. A pesar de las diferencias entre las empresas, si resulta que el mismo régimen de responsabilidad es apropiado en muchos casos, el peligro es que la regulación (impulsada por un poderoso conjunto de motivaciones anticontractuales) es apta para fijar la regla equivocada para todas las empresas y todos los casos. Sin embargo, si resulta que las variaciones entre casos separados son importantes, cualquier regla uniforme ciertamente ignorará o malentenderá la variación entre los casos y su significado. Las empresas grandes de auditores pueden, por ejemplo, tener una clase de problema y los auditores pequeños tener otra. Esas diferencias podrían estar relacionadas con su capacidad de autoasegurarse (la diversificación es más probable cuando una empresa tiene muchos clientes), con su capacidad de supervisar, con la naturaleza de los negocios de las empresas auditadas o con su reputación, factores que pueden variar en segmentos particulares de mercado o a lo largo del tiempo.

De cualquier manera, la brecha entre los regímenes de óptima y de real responsabilidad, más frecuentemente, será grande. Una ventaja de los mercados es que permiten que las soluciones uniformes, si son apropiadas, se expandan rápidamente, así como permiten que emerjan soluciones diversas (un poco más lentamente) cuando

---

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, *Bily v. Arthur Young & Co.*, 834 P. 2d 745 (Cal. 1992).

se necesitan. Un conjunto de soluciones contractuales puede ser acondicionado no para las relaciones genéricas, pero sí para las relaciones particulares en cada caso. En contraste, la regulación mediante el sistema de responsabilidad civil extracontractual invita a enjuiciamientos comprensivos que tienden a estar equivocados y luego elimina el acceso a la información que podría facilitar la corrección de los errores iniciales.

### El caso de tres partes

Esta misma estructura de análisis lleva al caso de tres partes, en el que el profesional demandado informa erróneamente de la situación de un tercero al demandante y causa así una pérdida económica. Es precisamente en esta situación, que la presunción básica de responsabilidad, en el caso de fraude del juez Cardozo, funciona mejor con las necesidades de los negocios que la presunción de responsabilidad de Devlin, incluso en los casos de culpa simple. Para sacar a luz la figura básica, es necesario hacer algunas observaciones económicas preliminares.

#### *Ganancias y pérdidas colaterales*

Para comenzar, en cualquier caso de tres partes, el villano de la obra es insolvente o, de otra manera, está fuera del alcance de la ley. Entonces, el caso se concentra en la adjudicación de la pérdida entre las dos partes que quedan. Cuando pensamos sobre cómo asignar esa pérdida económica, debemos distinguir entre dos tipos de casos. En la primera clase, las pérdidas que sufre una parte no están acompañadas de ganancia colateral alguna para la otra parte. En la segunda clase, las pérdidas que se sufren por un lado son compensadas, totalmente o en parte, por las ganancias obtenidas por el otro lado. Como una ilustración del primer caso, consideremos una situación en la cual los activos de la empresa son destruidos por una inundación o por un incendio —una clara pérdida para la compañía sin ganancia compensatoria alguna para una tercera parte. En contraste, el caso típico de responsabilidad de un contador involucra la toma del control de una compañía cuyos activos, se revela posteriormente, valen menos que el precio pagado por adquirir la corporación. Un examen más amplio revela que el valor de las acciones de la corporación objetiva fue sobrevaluado por el o los profesionales contables de la corporación objetiva, en cuyos números confió la corporación adquiriente. El vendedor recibió una sustancial ganancia. A la vista de este hecho, ¿cuáles son las pérdidas sociales de esta transacción ordinaria?

Primero, hay pérdidas sustanciales para la firma adquirente, que puede haber pagado 100 dólares por acción por activos que valen solo 50 dólares por acción. El sentimiento de indignación es suficientemente claro. Sin embargo, el vendedor ha recibido esos 100 dólares por acción, y no está obligado a devolverlos. Así que al



menos, como una primera aproximación, parece que las ganancias en un lado corresponden perfectamente a las pérdidas en el otro lado.

Desafortunadamente, ese supuesto es erróneo, por razones que ahora se harán claras. Pero por un momento tratemos este crudo cálculo como correcto y enseguida hagamos la siguiente pregunta. Si la orientación del error del contador es desconocida —si ha sobrevaluado o subvaluado las acciones— y el comprador y el vendedor en esta transacción pudieran juntarse con el contador anticipadamente, ¿qué clase de responsabilidad querrían ellos imponer al contador? Como una primera aproximación, ellos no querrían responsabilidad alguna. En tanto cada uno de ellos tenga un 50 por ciento de oportunidad de asumir un sobrecosto y un 50 por ciento de asumir un subcosto, su valor esperado de la transacción será exactamente el mismo al que tendrían si la valuación fuera perfecta. Entonces, ninguna de las partes desearía incurrir en ningún costo administrativo con el objetivo de establecer un sistema de responsabilidad, entre ellos o contra el contador. Dado que todos los errores se cancelan, todos son ignorados en la etapa del planeamiento al determinar el nivel de precaución. Un sistema que no establezca legalmente la responsabilidad es superior a todos los otros, porque incrementa las ganancias de ambos lados.

Esa conclusión está, evidentemente, divorciada del sistema actual, que establece: «Ignoremos la ganancia para el vendedor y tengamos en cuenta solamente la pérdida del comprador y preocupémonos acerca de esta prevención». Partiendo de este supuesto poco sabio, la ley crea una sistemática y costosa divergencia entre los costos privados y sociales de la información errónea. Los costos privados para un lado están compensados por las ganancias privadas del otro, así que los costos sociales generados por el sobrepago de acciones son iguales a (en una primera aproximación) cero. Sin embargo, el sistema legal trata las pérdidas del adquirente como si fueran pérdidas sociales e ignora sistemáticamente las ganancias asociadas de la corporación objetivo.

### *Consecuencias distributivas*

Desafortunadamente, la conveniente suposición de que las pérdidas sociales generadas por una mala evaluación son iguales a cero es, de hecho, errónea. Para establecer la materia en su forma más general es incorrecto asumir que las decisiones distributivas tienen únicamente consecuencias distributivas. Estas decisiones tienen también fuertes efectos de incentivos que afectan directamente el nivel total de resultados generados por el sistema legal.

Dos tipos diferentes de casos ilustran el punto básico. En el primero, la transacción habría seguido adelante, pero el precio no habría sido establecido a 100 dólares por acción: este habría sido establecido a 50 dólares por acción si el valor del activo hubiera sido, en realidad, sobrevaluado o a 150 dólares por acción si el valor del activo

hubiera sido subvaluado. Cuando se descubre alguna evaluación equivocada, las consecuencias al momento lucen enormemente distributivas, porque las partes en ambos lados de la transacción están diciendo: «Nosotros queremos seguir adelante con este negocio, y la única cosa que nos separa es el monto total de la contraprestación<sup>8</sup> que se va a pagar». Pero, frecuentemente, no va a mantenerse este supuesto. Si, por ejemplo, la empresa que se va a adquirir es débil y tiene cuentas clave que son incobrables, alguien de fuera puede muy bien decidir no comprar las acciones de la empresa objetivo. O, si la compra sigue adelante, puede asumir una forma radicalmente diferente, de tal manera que ciertas clases de riesgo residual sean adjudicadas a una de las partes en lugar de a la otra. Una vez que esta clase de complicaciones surge, la información equivocada tiene no solo consecuencias distributivas, sino que claramente inducirá la producción de algunas transacciones que no deberían producirse o inducirá a las personas a adoptar los términos contractuales equivocados. Estos escenarios revelan importantes pérdidas originadas en la valuación del contador. Cuando estas están presentes, vale la pena hacer algo por el error, incluso asumiendo algún costo adicional.

Peor aún, los errores del contador probablemente no son distribuidos al azar, con la bonita curva de campana de Gauss que se forma nítidamente alrededor del valor central. El patrón usual del error de las auditorías es que el contador contratado por un posible vendedor o prestamista aumenta el valor de los activos a ser vendidos u ofrecidos como seguridad para un préstamo. Una vez que ha identificado la distorsión sistemática, es probable que las pérdidas sean cargadas al de fuera (el comprador o el prestamista) en lugar de ser cargadas al de dentro (el vendedor o el prestatario). Armados con esa información general, los prestamistas de fuera y los compradores van a ser muy cuidadosos en sus tratos de negocios. Ellos tomarán precauciones a su propio costo porque se verán a sí mismos tratando no con un paquete al azar en la distribución de responsabilidades sino con una estrategia predeterminada. Un vendedor o un prestatario buscará contrarrestar estas presiones diciendo: «Mire, en este escenario la información que usted usará será adquirida más fácilmente por nosotros que por usted. Pero yo sé que usted solamente dará crédito a cualquier información que nosotros proporcionemos si nosotros garantizamos compensar sus pérdidas (o al menos una fracción de ellas) en el caso eventual de que la información que hayamos proporcionado resulte errónea».

---

<sup>8</sup> El término «contraprestación» traduce la voz inglesa «consideration». En el *common law*, se entiende por *consideration*, en el estudio del tema de las promesas exigibles legalmente, todo aquello que el receptor de una promesa da al que promete para inducir la promesa. Robert Cooter y Thomas Ulen, en su obra *Derecho y Economía* (México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 231) citan, como ejemplos, el hecho de que un agricultor pague 25 dólares (por la promesa de proporcionar un instrumento que extermine saltamontes), o la entrega de un automóvil, el pintado de una casa o la promesa de entregar cosechas (por una promesa de pago futuro). (Nota de los traductores)



Sin embargo, el vendedor o prestatario puede encontrar que la oferta de una (limitada) garantía será insuficiente para eliminar las preocupaciones de un comprador o prestamista dudoso. Después de todo, ¿qué activos dan soporte a esa garantía? Si la transacción se aborta, el vendedor o prestamista puede tener pocos activos para cumplir las promesas dadas. No obstante, la necesidad de información confiable subsiste y el profesional —o tercero— puede ser contratado para confrontar los estados financieros preparados por el vendedor o por el prestatario. Es precisamente a partir de esta lógica que se origina la sustentación del caso para adjudicar alguna responsabilidad profesional. Las partes involucradas en una transacción contratarán los servicios de un tercero con el objetivo de reducir la pérdida social total generada por la información imprecisa.

Pero, ¿cuál será el alcance de la responsabilidad profesional? El punto crítico que se debe recordar es que, aunque ocurrirán pérdidas, estas no serán iguales a las pérdidas que el disgustado comprador o prestamista sufrirán después del hecho. En lugar de eso, las pérdidas estarán siempre limitadas a alguna fracción de ese total. Pero, ¿qué fracción? Si resultara que las pérdidas económicas sufridas por el demandante equivalen a, digamos, 50 dólares, ¿creeríamos que las pérdidas sociales equivaldrían 10, 20, 30 ó 40 dólares? Es muy difícil hacer la estimación apropiada en abstracto, aunque es crítico para el diseño del esquema de responsabilidad total. Si pensamos que las pérdidas sociales y las pérdidas privadas son a *grosso modo* las mismas, entonces, teniendo un remedio viable para negligencia profesional en el modelo de decisión en Hedley, Byrne & Co. Ltd., esta es la respuesta legal apropiada: el banquero profesional o contador puede bien ser considerado responsable total por las pérdidas económicas del comprador o del prestamista, aunque no haya arreglo contractual directo entre ellos. Las comisiones pagadas por el vendedor o por el prestatario proveerán los fondos necesarios para pagar el seguro. Sin embargo, esta salida está absolutamente mal dirigida si las pérdidas sociales causadas por mala información son más bajas que el precio de la demanda o que el valor del préstamo. En estos escenarios, el modelo del daño fuerte con indemnización compensatoria completa por mala representación negligente conduce a una costosa adquisición del tipo de seguro equivocado.

### *Consecuencias del enfoque legal dominante*

Desafortunadamente, las decisiones legales importantes en este tema no abordan ninguno de los temas esquematizados en este análisis, aun cuando estos alcanzan la conclusión correcta. En lugar de ello, la posición judicial dominante asume que siempre que haya una venta o un préstamo de cualquier tipo, el comprador o el prestamista desearán comprar una costosa póliza de seguro contra pérdidas económicas, por lo menos en la eventualidad de negligencia profesional. Ya no es posible contratar un



contador o un auditor cuya sola función sea proveer servicios de auditoría. Sin embargo, se ha requerido de estos servicios durante mucho tiempo, aun en la época en la que los contadores y auditores tuvieron de hecho una virtual inmunidad ante la responsabilidad por negligencia profesional.

El régimen legal moderno, de cualquier manera, ata la función de servicio a la función de seguro, de tal forma que resulta casi imposible comprar el uno sin el otro. Ese seguro es muy costoso, porque tiene que cubrir el pago esperado tan pronto como la responsabilidad sea establecida y los enormes gastos asociados a la determinación tanto de la negligencia como del alcance de las pérdidas financieras asociadas. Debido a la complejidad del tema, pocos casos, si los hay, pueden ser resueltos por un procedimiento simple como un proceso sumario. Dado ese estado legal de los asuntos, el juicio de negocios rápidamente toma la forma de la siguiente pregunta: ¿son las ganancias del negocio de auditoría suficientemente grandes para compensar las pérdidas del negocio de seguros? Si lo son, la transacción seguirá adelante, con menos ganancia neta para todos sus participantes. Si no lo son, la venta o el préstamo caerán accidentalmente en las imprudentes reglas legales que gobiernan las funciones de la auditoría y de la consultoría.

Así, la complejidad de la transacción requiere que el profesional banquero o contador eleve sus tarifas a sus propios clientes, que a su vez buscarán recuperar esos gastos de sus potenciales compradores o prestamistas, los ostensibles beneficiarios de estas innovaciones legales. Sin embargo, la pregunta familiar acerca de la protección decretada aparece nuevamente: ¿está un prestamista o un comprador mejor con una orden legal que reduce la protección legal después de la transacción con el fin de reducir el costo de la protección anticipada? Al final, la situación de los terceros produce consecuentemente la misma conclusión que la situación dada entre dos partes. Nadie gana cuando la ley requiere que las partes gasten 100 dólares de sus fondos privados en vez de 50 dólares de valor neto.

### *La alternativa contractual*

A la vista de las dificultades con este régimen obligatorio, ¿por qué no autorizar al auditor y al cliente a pactar la responsabilidad por daño? El auditor normalmente trata con un cliente común. Él debería estar en posición de decidir si desea ofrecer una garantía extensa o limitada. Una vez que la garantía es seleccionada, el cliente puede hacer conocer sus términos al grupo de prestamistas o compradores potenciales, para evaluar cómo se adecuan. Cuando el grupo de terceros es pequeño y concentrado, alguno de ellos puede volverse hacia el cliente del auditor y requerir mayor protección. En ese punto, se puede negociar un intercambio mutuamente benéfico de tres vías. Por medio de este, el auditor provee de protección adicional por una tarifa adicional en un

escenario de contratación directa. Alternativamente, el cliente podría buscar asesoría independiente de un contador de su propia elección. Sin duda, con ofertas públicas, el grupo de terceros será amplio y difuso, así que los términos de negociación deben necesariamente permanecer sobre la base de «tómalo o déjalo». En este contexto, el nivel de protección para terceros será fijado por las negociaciones entre el vendedor o el prestamista y sus profesionales. Si esa protección se fija por un monto muy bajo, la oferta no será comprada en su totalidad. De cualquier manera, la aproximación al contrato debería inducir a los auditores a ofrecer términos óptimos por sus servicios.

A partir del presente régimen basado en daños, las ofertas públicas y privadas son tratadas como polos opuestos. Se dice que no hay responsabilidad por un error debido a negligencia cuando las afirmaciones ofensivas se realizan al público en general. En las conocidas palabras del juez Cardozo, debe evitarse la responsabilidad por negligencia porque «puede exponer a los contadores a responsabilidad en un monto indeterminado por un tiempo indeterminado, a favor de una clase o grupo indeterminado». El *common law* toma su clave de este famoso aforismo: «si hay una representación de una persona común o de un grupo pequeño de personas, puede imponerse responsabilidad por negligencia, a la vista de la “confianza específica” asumida por estas tres partes. No hay responsabilidad distinta en caso de declaraciones públicas».

Sin embargo, la distinción es rara en los hechos. Las preguntas claves en ambos contextos son dos: primero, ¿cuál es la responsabilidad esperada de auditorías o reportes negligentes?; y segundo, ¿cuál es la eficacia relativa de las soluciones contractuales y por daños? A la primera pregunta, el alcance indeterminado de la responsabilidad ante el público en general no necesita traducirse en una extensa responsabilidad, ya sea para el vendedor o el auditor. La oferta pública puede dirigirse hacia muchas personas, pero no todas ellas pueden alcanzar la oferta de un número limitado de acciones. La incertidumbre para el vendedor y el auditor reside consecuentemente en la identidad de los potenciales reclamantes, no en el nivel anticipado de exposición financiera. Los errores por negligencia en transacciones cerradas grandes podrían volver insignificante la potencial responsabilidad de errores por negligencia causados al público en general en un acuerdo más pequeño. No hay una línea categórica entre las dos clases de transacción.

Tampoco hay razón alguna para creer que las soluciones mediante daños sean preferibles a las producidas mediante contratos, tanto en el escenario público como en el privado. En ambos contextos, el auditor y el cliente original tienen poderosos incentivos para establecer los términos correctos de la negociación. En una oferta pública, el conocimiento seguro de que los inversionistas potenciales no pueden hacer una contraoferta debería conducir a ambas partes a adoptar las respectivas provisiones de responsabilidad que impulsarán a esas partes a entrar en el mercado por temor de que la oferta no sea comprada en su totalidad. En el escenario privado, una segunda ronda de negociaciones podría corregir cualquier error en la adjudicación contenida en la



oferta original. La renegociación posible en la oferta privada hace más probable que esos contratos sean más finamente sintonizados que en las ofertas públicas. Sin embargo, esta circunstancia también da al vendedor y al auditor incentivos para ahorrar esos costos de renegociación haciendo una oferta apropiada en primera instancia.

Una vez que se reconoce que no hay consistencia necesaria entre una regla idealizada por daños y las expectativas conjuntas de las partes, las partes tienen un incentivo para experimentar con nuevos términos contractuales. El universo de garantías potenciales no necesita estar restringido a dos: no responsabilidad o completa responsabilidad por daños. Es posible para algunos vendedores decir: «Nosotros entendemos que usted está nervioso por mi prestación de servicios sin exposición financiera alguna, así que le diremos qué vamos a hacer. Nosotros pondremos un bono equivalente a tres veces la tarifa que nosotros hemos recibido por los servicios en cuestión. Eso nos dará un poderoso incentivo para proteger contra pérdidas por cada lado, aunque esto no le proporcionará a usted compensación completa si este trato falla. Cualquiera que desee confiar en este reporte, tendrá ahora no solo el reporte, sino que, además de este, tendrá el informe sobre la generación de daños, el que muestra exactamente qué confianza puede merecer esa empresa».

También otras variaciones son posibles. Una variación tomada por un vendedor, por ejemplo, podría decir: «Si usted desea más protección, hay dos cosas que puede hacer. Una es acudir directamente a mí, el auditor que ha hecho todo el trabajo. ¿Desea usted tener protección? Entonces usted hará un pago adicional, basado en el valor en dólares de la transacción». No hay razón para depender en Hedley, Byrne o cualquier otro principio abstracto de la responsabilidad civil extracontractual. Las estructuras institucionales hacen posible redactar un contrato directo entre un posible comprador y un auditor si eso es lo que ambos lados desean.

Sin embargo, el comprador puede desear no confiar en el auditor del vendedor. Después de todo, el auditor ha sido contratado por otro, y si no descubrió el problema la primera vez, podría no hacerlo nuevamente. Así que ahora el comprador puede llevar ese reporte del auditor, incluyendo sus bien diseñadas limitaciones de responsabilidad para que sean evaluados por su propia gente. No hay ley que prohíba dos auditorías independientes en una gran transacción o una cooperación entre auditores. Esta solución deposita una fuerte confianza en la precaución de la víctima, y eso duplica las precauciones del vendedor; pero aun así, dicha solución puede ser efectiva si reduce la frecuencia y severidad de cualquier litigio futuro esperado. Una vez que el problema se transfiere de las Cortes al mercado, los participantes tendrán mejores incentivos para generar información confiable, enteramente sin tener en cuenta la regla legal subyacente.

Dado el rango de la interacción entre los costos administrativos y los incentivos, las Cortes nunca deberían asumir que pueden captar el patrón óptimo de responsabilidad en una palabra simple y mantenerlo así. El énfasis actual en la «predictibilidad» de la



pérdida, como la piedra de toque para una potencial responsabilidad por negligencia, desaparecería rápidamente de la escena en cualquier entorno contractual. La predicción de pérdidas es común en ambos lados, y mientras este hecho alerta a todos respecto del problema, no conduce a otra cosa que a los arreglos contractuales que minimizan sus consecuencias.

Así, una vez más el paso fatal en el enfoque de la «predictibilidad» es el primer paso: la voluntad de hacer una ley para los particulares que son capaces de hacer leyes por sí mismos. A partir de este supuesto, se llega fácilmente a los principios ordinarios de la culpa. Sin embargo, una vez que ellos toman el control, son difíciles de erradicar, porque las mismas Cortes, que efectivamente entienden lo que los argumentos contractuales deben contener, son reticentes a aceptar una limitación contractual de responsabilidad por daños, sin importar cuán comunes sean en la práctica. En consecuencia, el proceso de corrección privada de errores judiciales se ve muchas veces frustrado por la regulación judicial. Hay algunos signos en la actualidad que muestran que la responsabilidad para contadores y auditores está lentamente disminuyendo, pero la confusión doctrinal y la incertidumbre legal son un sustituto pobre para un régimen consistente de libertad contractual.

## CAPÍTULO 11

# Los orígenes de la ley de responsabilidad por productos defectuosos

AL TRATAR LOS CONTRATOS de trabajo y las pérdidas económicas que surgen de la prestación de servicios, he argumentado que las simples concepciones del contrato privado del *common law* hacen un trabajo mucho mejor en la regulación de estas relaciones que los complejos arreglos judiciales o legislativos que el gobierno frecuentemente impone a las partes contratantes. De cualquier modo, esta comparación entre acuerdos privados y normas estatales no se limita a esos tipos de casos. También abarca muchos casos de daño físico, incluyendo los daños que resultan del uso, o mal uso, de muchos productos introducidos rutinariamente en el comercio.

El tema de la responsabilidad por productos defectuosos se ha trasladado rápidamente al centro del debate durante la generación pasada. La expansión masiva en responsabilidad es por ahora un cuento sabido: el número de casos y el número de dólares transferidos han aumentado enormemente desde el surgimiento de la moderna norma de responsabilidad por productos defectuosos de 1970. Consecuentemente, el total de las primas de seguro por líneas relacionadas con productos fue alrededor de 1.650 millones en 1970, y mayor a 19 mil millones de dólares en 1988.<sup>1</sup> De forma similar, el número de procesos por responsabilidad por productos defectuosos seguidos en las Cortes federales hasta 1975 (el año anterior a la primera crisis de seguros) fue de 2.393, una cantidad que se incrementó a 16.166 en 1988, antes de disminuir a 13.408 el año siguiente y mantenerse prácticamente constante en adelante. Probablemente, un número algo mayor de procesos fueron seguidos en las Cortes de cada estado y, sin duda, muchos otros casos fueron transigidos antes del proceso, bajo amenaza de litigio. Sin embargo, incluso estas cantidades subestiman el nivel de litigio, porque ciertos juicios clave, tales como el proceso sobre la responsabilidad de las compañías de tabaco por el

---

<sup>1</sup> Para una apreciación general, véase VISCUSI, W. Kip. *Reforming Products Liability*, 1991, capítulo 2. Para un análisis más completo de los números reseñados aquí, véase PRIEST, George. «Products Liability Law and the Accident Rate». En Robert E. Litan y Clifford Winston (eds.). *Liability: Perspectives and Policy*, 1988, pp. 184 y ss.

cáncer de pulmón, son casos de prueba que consumen grandes recursos aunque no incrementen de modo sustancial el número de casos registrados.

Con toda esta agitada actividad, nadie ha sido capaz de establecer correlación alguna entre el nivel de litigios y el nivel de seguridad de los productos. Está claro que la tasa general de accidentes ha caído en la generación pasada, en gran parte debido a que las mejoras de la tecnología y la riqueza, en general, han hecho las casas, centros de trabajo y caminos más seguros de lo que habían sido antes; y estos cambios son difícilmente atribuibles a innovaciones en la norma de responsabilidad por productos defectuosos. En muchas categorías de daños o muertes relacionadas con productos, sin embargo, parece que la tasa de accidentes ha *crecido* tanto como el número de procesos ha aumentado: los daños que requirieron atención y cuidados en salas de emergencia, en el caso de productos como equipos para juegos recreativos en exteriores, escaleras, carros cortadores de césped, piscinas y sierras de cadena, aumentaron muchas veces hasta en un 100 por ciento, aun a la vista de los avances generales de la tecnología. Para vehículos motorizados, parece haber, en la tasa de accidentes por milla de manejo, una declinación más o menos uniforme que no está influenciada por alguna modificación importante en la ley.

Dos de los más importantes puntos en la regulación de la seguridad de los automóviles fueron la promulgación de la National Traffic and Motor Vehicle Safety Act de 1966<sup>2</sup> y la entrada en vigencia, en la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos, de la doctrina de accidentes denominada *crashworthiness*, introducida en 1968 y divulgada rápidamente después.<sup>3</sup> Sin embargo, cualquiera que vea la tasa de muertes por millón de millas manejadas no podría percibir cuándo se realizaron estas intervenciones legislativas o cuándo comenzó a sentirse su efecto. La tasa general de muertes disminuyó de 8,8 en 1947 a 2,2 en 1989. Más del 10 por ciento de esa disminución se dio en 1948 (8,8 a 8,1), y la disminución fue casi igual de grande en el año siguiente (8,1 a 7,5), probablemente como resultado del reacondicionamiento industrial del tiempo de guerra a la economía de paz. Después la tasa declinó a 5,0 y permaneció estable hasta los años sesenta. Luego hubo otra marcada disminución en los primeros años de la década del setenta (de 4,9 en 1970 a 3,5 en 1974), seguida por cinco años sin cambios hasta 3,3 en los últimos años de dicha década. Hacia 1989, la tasa había disminuido a alrededor de 2,2.<sup>4</sup> Está claro que las tendencias de largo plazo están guiadas por

---

<sup>2</sup> National Traffic and Motor Vehicle Safety Act de 1966, Ley Pública n.º 89-563, 80 estatuto 718, 15 U.S. § 1381 et seq. (1988).

<sup>3</sup> Véase *Larson v. General Motors*, 391 F.2d 495 (octavo circuito 1968), una decisión seguida uniformemente en todos los estados en la actualidad.

<sup>4</sup> Estas cifras vienen del reporte del gobierno federal Accident and Death Rates for Motor Vehicles, 1915-1988. Se acostumbra usar la tasa de muertes porque es mucho más confiable que la información de choques o daños.



cambios generales en la tecnología de construcción tanto de carreteras como vehículos. Los aislados picos de mejoría podrían ser atribuibles a toda clase de factores exógenos, incluyendo el porcentaje de conductores adolescentes, el precio de la gasolina y otros. En cambio, es seguro que no hay conexión obvia entre las innovaciones y la regulación o entre la responsabilidad y estos cambios en las tasas de mortalidad.

La historia institucional es la misma que la de las estadísticas. Parece evidente que lo que ocurre en los procesos no afecta lo relativo al diseño o manufactura de los productos. Los veredictos adversos son tratados esencialmente como una distorsión inusual que no influye negativamente en ningún nexo con el diseño o fabricación del producto, un patrón que es común también con los casos de mala práctica médica.<sup>5</sup> Los litigios frecuentemente se producen luego de que se modifica o discontinúa una línea de productos. Los veredictos de los jurados o bien no dicen nada acerca de lo que debe hacerse para mejorar un producto en particular o bien dan recomendaciones inconsistentes. Una señal tan distorsionada no puede ejercer una poderosa función disuasiva.

Cualquiera que sea el éxito del sistema de responsabilidad por productos defectuosos, está claro que los cambios legales de la magnitud involucrada tienen profundas consecuencias sociales, incluso si son generados por decisiones judiciales que son patrimonialmente insignificantes para ellos. Consecuentemente, la revolución en las cortes ha arrastrado muchos pedidos de reformas legislativas que, a su vez, han provocado igualmente defensas apasionadas del nuevo orden judicial. En este saldo, parece que el esfuerzo sobre la reforma no ha probado ser una situación sin salida. La frecuencia de litigios sobre responsabilidad por productos defectuosos y el alcance de los pagos por daños se han estabilizado en los pasados cuatro o cinco años. En una parte, algunas reformas legislativas han restringido el panorama de la responsabilidad o han reducido los niveles permisibles de daños; y en otra, decisiones judiciales recientes, mucho menos restrictivas que aquellas dadas antes de 1970, han recortado la responsabilidad o por lo menos han disminuido su expansión más amplia.<sup>6</sup> Esa, sin embargo, promete ser el área en la cual una actividad intensa en todos los frentes continuará en los años por venir. De cualquier manera, el vasto rango de cosas consideradas como productos —alimentos, herramientas, productos farmacéuticos, productos químicos, automóviles, escaleras, plantas de energía nuclear— hace difícil para cualquiera formular un simple conjunto uniforme de doctrinas legales que cubran todos los casos que caen dentro de este campo de la ley. Como podría esperarse, el juego entre los dos temas principales de este libro asume un papel prominente en la historia completa.

---

<sup>5</sup> Véase HENSLER, Deborah, *Summary of Research Results on the Tort Liability System*, 1986, p. 10; y WEILER, Paul. *Medical Malpractice on Trial*, 1991.

<sup>6</sup> Véase HENDERSON, Jr. James A. y Theodore EISEMBERG, «The Quiet Revolution in Product Liability Law: An Empirical Study on Legal Change». *UCLA Law Review*, vol. 37, 1990, p. 479. Las tendencias reportadas allí se mantuvieron firmes por los siguientes tres años.

Las reglas de la norma de responsabilidad por productos defectuosos son como los destornilladores multiuso muy mal diseñados: mal confeccionados y demasiado complejos y convulsos para las tareas que tienen que ejecutar. Y la fuente de esta complejidad es la que nos es familiar: la inveterada tendencia a usar soluciones colectivas complejas, o de daños, en vez de las contractuales.

Como sucede en los casos de responsabilidad profesional de toda clase, el punto de elección es si la responsabilidad por productos defectuosos debería estar gobernada por contratos privados o por control público, a través de los daños. Actualmente, en la práctica, la respuesta es la misma que en cualquier otro caso: el *common law*, en los Estados Unidos y en otros países, trata el daño físico a personas o a propiedades resultante del uso de productos defectuosos como parte de la responsabilidad civil extracontractual. Claramente, la naturaleza del daño —no la naturaleza de la relación entre las partes— fue el dispositivo en cuestión de la clasificación legal. En principio, el resultado debería ser, sin embargo, el opuesto. La responsabilidad civil extracontractual debería cubrir todo daño a extraños, y el Derecho Contractual debería cubrir todo daño que surja de cualquier arreglo consensual preexistente entre las partes. La regulación pública es necesaria para tratar las externalidades y no el daño físico o a la propiedad como tales. Consecuentemente, escoger el principio correcto de clasificación no es ejercicio vano, porque trae importantes consecuencias sustantivas. Usualmente, la predisposición para aplicar reglas de daño a un área dada significa que habrá regulación judicial más cuantiosa y menos libertad contractual en lo que respecta al daño físico y a las pérdidas de propiedad.

Hay que notar, en todo caso, que la tendencia a tratar los casos de agravio físico y a la propiedad como si estuvieran bajo el dominio de daño tiene profundas raíces en el *common law*, en el que por un largo período de tiempo estos casos no condujeron a la dislocación social y económica de la clase de la que hoy se les acusa. Al respecto, la responsabilidad por productos defectuosos siguió utilizando como base otra doctrina del *common law*. Los jueces que decidieron en los primeros casos que involucraban propiedad que fue perdida o mal usada por un apoderado (persona a quien ha sido entregada una propiedad bajo contrato con la intención de que sea restituida en algún momento futuro) tendieron a referirse al tema como uno de responsabilidad civil extracontractual. Un conjunto diferente de patrones fue desarrollado para determinar qué patrón de cuidado debía mantener cada clase de apoderado. Frecuentemente se imponía, en aquellos que recibían mercancías para su propio uso, un patrón más elevado que para aquellos que retenían la mercancía por la conveniencia del propietario. De manera similar, en los primeros casos de mala práctica médica, que limitaban drásticamente la responsabilidad de los médicos y de los hospitales, los jueces también trataron el asunto como uno de responsabilidad civil extracontractual y no de contrato privado. Una y otra vez, la responsabilidad civil extracontractual involucra



tantas relaciones especiales entre diferentes clases de personas (apoderados-poderdantes, propietarios-inquilinos, empleador-empleado, médico-paciente, transportador-embarcador) que parece seguro afirmar que los elementos de Derecho Contractual hicieron su intromisión en la doctrina legal básica solo por una mala dirección: delineando el patrón básico de cuidado del defensor o permitiendo una defensa basada en el supuesto de riesgo por el accidente en cuestión. Aun las reglas del *common law* resultantes fueron, si no perfectas, frecuentemente muy profundas, a pesar de las inestables bases conceptuales en las cuales estaban apoyadas.

La misma actitud básica ha penetrado la historia de la norma de responsabilidad por productos defectuosos y, aunque los jueces siempre han tomado la seguridad del producto como asunto sujeto a una regulación directa de parte del gobierno, debe encontrarse alguna otra explicación a la expansión masiva de la responsabilidad en los Estados Unidos, un desarrollo que, en su mayor parte, no ha sido imitado por la Unión Europea ni por el Commonwealth. Para entender qué implicancias existen en las diversas visiones de la responsabilidad por productos defectuosos, es necesario trazar con cierto cuidado la evolución histórica de las doctrinas legales aplicables. Hay muchas similitudes verbales entre las normas de responsabilidad por productos defectuosos tradicionales y las modernas, pero una mayor transformación del asunto ha tenido lugar a partir de ello.

Los mayores cambios doctrinales en la norma de responsabilidad por productos defectuosos tornan importante, aún en esta tardía época, comparar la lógica de la antigua Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos con la de la nueva. Esta inquietud requiere un estudio de cuatro períodos separados: antes de 1850, desde 1850 a 1916, desde 1916 a 1968 y de 1968 al presente. Solo entonces será posible juzgar qué sistema debería preferirse como materia de principio, sin referencia a las consideraciones de precedente legal. Como con otras áreas, la relación básica entre costos administrativos e incentivos se mantiene. El mayor defecto de la norma de responsabilidad moderna por productos defectuosos es que sustituye con un esquema altamente costoso e indeterminado un conjunto de reglas de *common law* simple que tuvo mejores incentivos. Este es otro caso de doble mala suerte: el sistema legal incurre en mayores gastos legales con el objeto de implementar un conjunto inferior de incentivos. En este capítulo, trazaré la evolución de la norma de responsabilidad por productos defectuosos en el período moderno, y comenzaré con el período comprendido entre 1965 y 1968 y, en el capítulo siguiente llevaré la historia hasta el presente.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Para algunas historias generales, véase EPSTEIN, Richard A. *Modern Product Liability Law*, 1980, capítulos 1-6; y PRIEST, George. «The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law». *Journal of Legal Studies*, vol. 14, 1985, p. 461, 1985.



## ANTES DE 1850: DURA SUERTE

Antes de 1850, la norma de responsabilidad por productos defectuosos podía ser resumida en dos palabras: «dura suerte». Todo daño causado por un producto fue siempre el problema de la víctima, nunca del fabricante del producto o de proveedor alguno en la cadena de distribución, incluyendo distribuidores y proveedores de las partes componentes. De igual forma, parece que había pocas acciones por daños físicos interpuesta contra los vendedores por sus clientes. Sin embargo, mientras que para la visión moderna puede parecer pequeña la diferencia, en la posición legal, entre el fabricante y el vendedor, en el *common law* había una importante diferencia. El vendedor tenía una relación contractual directa con el comprador del producto, y si este último sufría un daño mientras usaba o consumía el producto (muchos de los primeros casos involucraban insumos de alimentos), la negatoria de responsabilidad tendría que basarse en una variación de la imputación del riesgo: usted toma sus riesgos con todos los productos, punto.

Con los fabricantes y otros proveedores, quienes no tienen relación contractual directa con el comprador, la situación fue diferente; y esa diferencia se trasladaba a los casos en los que el comprador del producto entregó este a otra persona, generalmente a un amigo o a un miembro de su familia, que fue dañada por el consumo o uso. En estos casos, la recuperación fue denegada con fundamentos algo distintos. Todos estos casos involucraban demandas contra un proveedor «remoto» de los productos; esto es, uno que por alguna razón no tenía relación contractual directa con el demandante, tal como un distribuidor intermedio o fabricante. Era como si los estrictos principios del proceso judicial fueran insuficientes para salvar la brecha aparente entre el fabricante de un producto y un consumidor remoto. La mera presencia del producto en las manos de un tercero fue considerada como un acto que hacía más seria la conexión causal al fabricante acusado; o, en algunas formulaciones, se consideraba que volvía el accidente imprevisible para él. No pudo haber daño porque faltaba la conexión causal. De forma similar, no pudo haber contrato porque la presencia del mismo tercero imposibilitó la relación privada directa (o «interés común») entre el demandante y el demandado. Contrato y daño fueron las únicas posibilidades lógicas. Dado que ambos fueron bloqueados, no hubo recuperación alguna.

El patrón de argumentación arriba indicado no fue formalmente articulado en ningún caso de *common law* antes de 1830, aproximadamente. En lugar de ello, no hubo en estos casos ni una simple sugerencia de alguna doctrina exonerando a esos remotos demandados de responsabilidad por daños. El silencio fue la indicación más elocuente de la posición legal dominante; pero como los creativos abogados del demandante buscaron expandir el panorama de la responsabilidad por daño, el asunto tuvo que ser confrontado directamente. Lo primero que uno oía acerca de una acción exitosa en

responsabilidad por productos defectuosos involucraba una infeliz situación en la que un muchacho buscó recuperación de una herida causada cuando un arma mal hecha, comprada por su padre, explotó en sus manos cuando estaba siendo descargada.<sup>8</sup> Los puntos decisivos para los jueces en este caso de 1837 fueron dos: primero, el vendedor dijo que él estaba vendiendo una excelente arma hecha por un excelente fabricante de armas, cuando él sabía que era un arma peligrosa hecha por un fabricante de armas que no era bueno; y segundo, el arma fue comprada por el padre para ser usada por el hijo, una situación conocida por el vendedor al momento de la venta. En esencia, el caso fue uno de daño físico que resultó de un fraude cuidadosamente planeado, y el decisivo precedente involucró un mal préstamo que el demandante había hecho a un tercero basado en la fuerza de la fraudulenta representación del demandado. No hubo voluntad de extender la responsabilidad a alguna otra persona a cuyas manos el arma podría pasar sin información al demandado.

La siguiente pregunta fue cuán lejos podría extenderse la nueva línea de responsabilidad potencial por productos defectuosos. Aquí el potencial desarrollo doctrinal del siglo diecinueve se detuvo debido al crucial caso inglés de Winterbottom contra Wright, resuelto en 1842 y de enorme influencia a lo largo de los Estados Unidos y todo el *Commonwealth*.<sup>9</sup>

En ese caso, la Corte rehusó permitir a un conductor, empleado por el jefe general del sistema de correos de los Estados Unidos, a mantener una acción contra un mecánico a quien el jefe general de correos había autorizado para reparar el coche. La Corte vetó la acción porque temía que las más «violentas consecuencias» podrían ocurrir si «cada pasajero o persona que pasara a lo largo del camino» pudiera iniciar una acción por daños de esta clase contra fabricantes o reparadores.

La regla general de no responsabilidad ha sido duramente criticada, virtualmente desde su nacimiento, y es universalmente rechazada hoy en día en el mundo del *common law*. Aunque no debemos celebrar con demasiada algarabía el descarte del caso Winterbottom, es importante notar sus ventajas sobre algún otro sistema de responsabilidad por productos defectuosos más expansivo.

- El sistema es de muy bajo precio operativo, porque no genera responsabilidad contra proveedores remotos de cualquier producto.
- El sistema permite y quizá impulsa demandas por daños personales interpuestas contra otras partes que están en control inmediato de instrumentos peligrosos justo antes de que ellos causen daño. Los trabajadores heridos pueden demandar a sus empleadores; los tenedores de propiedades inmuebles, a sus propietarios; y los consumidores, a los vendedores.

<sup>8</sup> Langridge v. Levy, 150 Eng. Rep. 863 (Ex. 1837).

<sup>9</sup> Winterbottom v. Wright, 152 Eng. Rep. 402 (Ex. 1842).

- La ausencia de responsabilidad contra proveedores remotos induce a un alto nivel de cuidado y precaución del consumidor. El consumidor, sin posibilidad de entablar recurso alguno contra un proveedor de producto, paga un precio alto por su propio descuido y, en consecuencia, tomará más cuidado para evitar accidentes.

El intercambio usual está presente nuevamente en este régimen legal. La virtud manifiesta de este sistema fue sus bajos costos administrativos. Su precio implícito fue que ciertas formas de conducta equivocada por los fabricantes, y otros en la cadena de distribución, se dejaron sin corregir y sin ser erradicadas. En principio, un fabricante podía ser enjuiciado por la parte ubicada por debajo de él en la cadena de distribución, pero los obstáculos de transacción (insolvencia, jurisdicción y la acumulación todas las partes en un solo proceso) hicieron muy raro un proceso de ese tipo. Este sistema inicial de no responsabilidad puede no dominar a todos los otros, pero crea una útil presunción para comprender los desarrollos legales subsecuentes: específicamente, el riesgo de pérdida debería seguir a la posesión del producto al momento del daño. Consecuentemente, para los consumidores y usuarios de productos, el resultado más común es la no responsabilidad de ninguna clase. Cuando la responsabilidad es deseable, la primera persona en asegurarla es la parte de quien el demandante compró los productos. Esta estructura hizo posible diseñar sensibles excepciones al enfoque «dura suerte» hacia daños accidentales de productos, y lentamente estas se desarrollaron por sí mismas en la ley durante el siguiente período.

## DESDE 1850 A 1916: ERROR Y DEFECTOS OCULTOS

La primera excepción a la regla de «dura suerte» se enfocó en la representación errónea de la seguridad del producto hecha por un proveedor remoto de bienes. El caso *Thomas contra Winchester*, resuelto en Nueva York una década después del caso *Winterbottom*, involucró a un farmacéutico que atendió una prescripción por extracto de diente de león con la mortal —aunque de apariencia inocente— belladona.<sup>10</sup> La esposa del cliente ingirió la droga sin saber de sus fatales características y murió. La Corte halló al farmacéutico responsable por la muerte de ella, aunque entre los dos no hubiera relación contractual directa. Aunque no hubo fraude, el error de etiquetado tuvo consecuencias que pasaron a través del esposo a su señora, quien también confió en la etiqueta. Entendida correctamente, su representación errónea supera la inicial presunción de no responsabilidad. Dado que el farmacéutico es un profesional, la negligencia es fácil de establecer, si se requiriera. La característica clave en el caso *Thomas* fue

<sup>10</sup> *Thomas v. Winchester*, 6 N. Y. 397 (1852).



la radical asimetría informativa. El farmacéutico tuvo acceso a la información correcta mientras que el usuario del producto, haya o no sido comprador, no la tuvo. La distinción clave que debería organizar la norma de responsabilidad por productos defectuosos es la existente entre defectos latentes o escondidos y defectos patentes u obvios.

En los años que siguieron al caso Thomas contra Winchester, la recuperación por productos defectuosos puesta en la corriente del comercio se expandió lentamente, no solamente a los fabricantes sino, también, a otros proveedores remotos. Si un demandado proveyó a un contratista con un andamio mal construido del que un empleado cayó y murió, el empleado podría demandar al proveedor, a pesar de la ausencia de contrato entre ellos.<sup>11</sup> Si un demandado que ha fabricado una cafetera la vende a un operador de restaurante, el cliente del restaurante podía demandar al fabricante si la cafetera explotara, a pesar de la ausencia de contrato alguno entre ellos.<sup>12</sup> En algunos de los primeros casos, hubo un debate sobre si las demandas por daño causadas por defectos latentes del producto podrían ser atendidas solamente si los productos eran «inherentemente peligrosos», tales como venenos o armas, o si podrían también ser atendidas si los productos eran «inminentemente peligrosos solo si fueron hechos defectuosamente». Hacia 1903, se reconoció que la responsabilidad podría surgir en ambas categorías, aunque con la segunda las Cortes todavía requirieron alguna evidencia de que realmente se estaba ocultando un defecto conocido.<sup>13</sup> Aquí, la simple regla que hizo responsable al demandado creador del defecto por los daños causados estuvo limitada por complejidades adicionales sin evidente valor social. El sistema había tomado algunos pasos sustanciales hacia un sensible equilibrio, pero realmente no lo alcanzó.

## DE 1916 A 1968: EL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

El siguiente paso en la evolución de la ley norteamericana de responsabilidad por productos defectuosos involucró una consolidación y extensión de previas reglas de responsabilidad. El paso crítico en este proceso fue la famosa decisión de 1916 del juez Cardozo en el caso MacPherson contra Buick Motor Co.<sup>14</sup> Ese caso siguió el patrón usual de casos que involucraban productos con defectos latentes que causaron daño en el uso ordinario. Debido a una madera defectuosa, colapsó una rueda en un Buick nuevo, y ese hecho ocasionó una lesión a su conductor cuando el vehículo era manejado por la carretera a 13 kilómetros por hora. Cardozo escribió como si hubiese tomado un gran paso más allá de la norma al sentar la nueva presunción a favor de una

<sup>11</sup> Devlin v. Smith, 89 N.Y. 470 (1882).

<sup>12</sup> Statler v. George A. Ray Manufacturing Co., 88 N.E.1063 (N.Y. 1909).

<sup>13</sup> Véase Huset v. J.I. Case Threshing Machine Co., 120 F. 865 (octavo circuito, 1903).

<sup>14</sup> MacPherson v. Buick Motor Co., 111 N.E.2d 1050 (N.Y. 1916).

demanda contra un proveedor remoto, sin tener en cuenta si el defecto surgió de la naturaleza inherente del producto vendido, tal como venenos o explosivos, o si surgió de un proceso defectuoso o descuidado en su manufactura, tal como ruedas de mala calidad. No obstante, esa decisión marcó solamente un pequeño cambio en la teoría general, y los juicios adicionales, si hubo alguno, no ocasionaron ninguna agitación en los mercados de productos o seguros, que era lo que se quería. Lo que pasó fue que el demandado ya no necesitaba tener algún conocimiento especial de la condición del defecto escondido. Lo que importaba era la diferencia entre lo que había sido representado y lo que había sido vendido. El tipo de defecto se convirtió en algo inmaterial. El hecho del defecto sería el predominante.

Otro tema fue si todavía era necesario probar que el defecto escondido fue creado negligentemente. El primer movimiento en hacer pública la responsabilidad objetiva vino con la famosa opinión concurrente del magistrado Roger Traynor en 1944 acerca de *Escola* contra *Coca-Cola Bottling Co. de Fresno*, que involucraba una botella de Coca-Cola que, según fue alegado, explotó cuando el demandante, una persona que atendía las mesas, estuvo colocándola para almacenaje en el refrigerador de su empleador.<sup>15</sup> El magistrado Traynor insistió en que la prueba de negligencia solo agregaba gastos y complicación al juicio ordinario. Para él, era suficiente para el demandante mostrar que el producto fue peligroso en su condición original y que ocasionó daño al demandante cuando lo usó de una manera apropiada y normal.

Su intuición básica enlaza correctamente la responsabilidad con la presencia del defecto oculto. En consecuencia, si la condición que causa el daño es obvia, un asunto de conocimiento común o de otra forma conocido por el demandante, no habría recuperación porque no hay representación defectuosa para la imputación de responsabilidad. Nadie está obligado a comprar o usar un producto. Así, una vez que el producto es usado con una advertencia del riesgo en cuestión, debería aplicarse la defensa normal por presunción del riesgo. Ningún fabricante tratará de tomar ventaja de esta regla ofreciendo productos inferiores a la venta porque serán muy pocos los que lo hagan. Muchos productos con riesgos conocidos —equipos para granjas, maquinaria pesada, productos químicos y medicamentos de todas las clases y descripciones— serán vendidos y comprados con conocimiento porque el daño temido es inseparable de sus beneficios asociados. No obstante, los fabricantes tendrán un incentivo para minimizar la frecuencia y la severidad de los defectos obvios, porque mientras más seguro es el producto, más alto será el precio. Igualmente, los clientes podrán hacer sus propias comparaciones subjetivas de pérdidas conocidas con las potenciales ganancias. Solo en lo referente a los defectos ocultos los compradores y usuarios se encuentran desligados de los mecanismos de protección; solamente allí debería intervenir la ley.

---

<sup>15</sup> *Escola v. Coca-Cola Bottling Co. de Fresno*, 150 P2d. 436 (Cal. 1944).



La frontera entre los defectos ocultos y los obvios podría no ser claramente discernible en todos los contextos —ninguna frontera lo es—, pero es lo suficientemente reconocible, a lo largo del amplio rango institucional de escenarios, para proveer la simple distinción necesaria para organizar lo que se ha convertido en un cuerpo de leyes cada vez más complejo y sin reglas. Como el juez Stanley Fuld dijo en 1951 en el caso de Campo contra Scofield: «Siempre se ha enfocado en la obligación de evitar los defectos ocultos y dar información de los peligros deliberadamente ocultos».<sup>16</sup>

Una vez que la clase de defectos de productos está claramente (y propiamente) definida, el análisis de las fuerzas relativas de la negligencia y de la responsabilidad objetiva del capítulo 5 entra en juego. No hay razón para preocuparnos acerca de la difícil determinación de las inquietudes costo/beneficio, las que podemos resumir en la pregunta: ¿cuánto cuidado es «suficiente» para absolver de responsabilidad a un fabricante o proveedor? Es tan fácil como sensible hacer la negligencia irrelevante en la determinación de responsabilidad. En la mayor parte de estos casos, el fabricante estará en una mejor posición para evitar el daño y, consecuentemente, será la parte menos inocente. Adicionalmente, desde un punto de vista práctico (importante, no importa cuán obvio), es mucho menos costoso adoptar un sistema de responsabilidad objetiva y hacer que la responsabilidad gire en torno al hecho del daño, pero no en el nivel de la precaución. Mientras la responsabilidad esté confinada a defectos ocultos, los fabricantes podrán escoger el nivel de inspección para reducir pérdidas a niveles aceptables. La regla de responsabilidad objetiva, consecuentemente, induce al fabricante a minimizar el monto por responsabilidad y por costos de inspección. No hay conflicto obvio entre el bienestar de la empresa y el bienestar de toda la sociedad. La regla es simple, fácil de administrar y no causa dislocaciones en los mercados de productos y seguros.

Traynor consideró que su expandido régimen de responsabilidad objetiva tenía otras dos ventajas. Primero, permitiría trasladar las pérdidas a toda la amplia clase de consumidores, cada uno de los cuales sufriría un modesto incremento en sus costos. Segundo, permitiría imponer útiles incentivos en los fabricantes para que tomen medidas imperativas a fin de asegurarse que sus productos lleguen al mercado libres de defectos. En este punto, él se alejó del enclave seguro de las reglas simples, y el daño siguió. Trasladar las pérdidas independientemente de los incentivos no es un objetivo sensible de algún sistema de daño. En tanto que las pérdidas son constantes, los costos de aseguramiento de las mismas son más baratos desde una perspectiva unipartita, como parte de algún sistema de seguros de accidentes o de seguros de salud. La cobertura ya no está ligada a complejas cuestiones de responsabilidad, y el nivel de cobertura puede establecerse precisamente por vía contractual y no dejarse a las sorpresas del sistema de la responsabilidad civil extracontractual.

---

<sup>16</sup> Campo v. Scofield, 95 N.E.2d 802, 804 (N.Y. 1051).



De modo similar, el razonamiento del incentivo está sujeto a dos poderosas objeciones. Primero, funciona respecto de objetivos cruzados con traslado de pérdida. Si el fabricante pudiera pasar completamente sus costos de responsabilidad a otros clientes en el curso ordinario de sus negocios, entonces él estaría totalmente despreocupado de la peligrosidad de sus productos. Sin embargo, si los clientes aceptaran a su cargo todas las pérdidas, el fabricante no tendría incentivos para evitar pérdida alguna, sin importar cuán severa sea. Incentivos y traslados de pérdidas perfectos nunca pueden lograrse simultáneamente.

En la práctica, no tener en cuenta los costos de responsabilidad no es lo idóneo, dado que cuando una empresa incrementa sus precios debe incrementar el atractivo de sus productos para los clientes o perderá sus ventas. Comercializar productos con una mala experiencia de pérdida es la forma menos feliz de conservar a los clientes o incrementar los precios. Traynor falló también en notar que las empresas que se enfrentan a excesivas responsabilidades podrían simplemente abandonar el mercado y dejar a los clientes con menos alternativas que antes. Asumir que las empresas van a responder a los cambios en las reglas de la responsabilidad solamente alterando su cuidado en el diseño y la construcción de productos o incrementando sus precios para cubrir costos fue, y es, un optimismo ciego. Algunas empresas dejarán el mercado completamente, como ha ocurrido con fabricantes de varios medicamentos importantes (tal como *Bendectin*) y vacunas (contra la tos convulsiva y polio) en los Estados Unidos, de tal manera que las empresas que permanecen pueden recibir el inmerecido beneficio de precios de monopolio.

Estas desafortunadas consecuencias de un sistema de responsabilidad por productos defectuosos mal llevado no se materializaron en los talones del caso *Escola*. Y esto porque aún cuando los razonamientos de Traynor fueron amplios, las reglas reales de responsabilidad fueron estrechas. La oración clave en su decisión para la operación día a día fue la última: «La responsabilidad del fabricante debe, por supuesto, estar definida en términos de la seguridad del producto en su uso normal y apropiado, y no debería extenderse a daños que no pueden ser atribuidos al producto tal como llegó al mercado». Los defectos tuvieron que ser aún latentes; las partes intermedias (distribuidores, vendedores y demás) no tuvieron que hacer nada para incrementar el riesgo de peligro al último consumidor; y el usuario del producto no pudo recobrar el daño cuando el uso del producto fue inapropiado en cualquier aspecto relevante. Estos tres elementos del caso son esenciales para la teoría de la representación defectuosa que debería gobernar los casos de responsabilidad por productos defectuosos.

La función de estas tres condiciones se entiende mejor si se observan los casos que las excluyen. Los casos de peligros obvios se encuentran fuera del panorama del sistema de responsabilidad porque el usuario del producto sabe qué está obteniendo. La insistencia de que el producto permanezca en su condición original excluye las situaciones en las que el diseño del producto ha sido modificado una vez que sale del

control del fabricante. Los fabricantes no tienen poder para prevenir estas modificaciones que, en productos durables, pueden realizarse años después de su venta, frecuentemente por un comprador de reventa, con quien el fabricante podría estar teniendo relación activa. Estas modificaciones muchas veces retiran características de seguridad en un producto con el interés de acelerar y flexibilizar su funcionamiento, de tal forma que los riesgos agregados son correctamente atribuibles a la parte que hizo la modificación y no al fabricante original. Entonces, exigir que los productos estén en sus condiciones originales libera al fabricante solo por defectos creados por otro. En principio, el resultado no es diferente a un accidente producido por el disparo de un cazador que diga: «Yo no disparé la bala que te hirió; otro lo hizo». Sin duda, en algún improbable caso, una modificación puede mejorar la seguridad de un producto; y en algunos casos, la modificación no tendrá efecto sobre el defecto inicial del producto; y quizá hay algunas modificaciones que sustituyen un nuevo defecto menor por uno grande y preexistente. Sin embargo, estas situaciones tienden a ser extremadamente raras. Es mucho más probable que un mecánico dañe un neumático por una instalación inapropiada o por uso excesivo que una persona mensajera almacene botellas de Coca-Cola en un sitio caliente, que un electricista retire un aislamiento eléctrico o que un empleador retire a un guardia de seguridad de una máquina perforadora. La defensa inicial de Traynor es aplicable a la mayoría de casos; pero, en algunos otros, será necesario crear excepciones, de poca importancia institucional, al marco básico de modificaciones benignas y valiosas para el producto.

La última condición —«uso normal y apropiado»— está dirigida al problema de conducta errónea del consumidor. El tema es central porque, en estos casos, el fabricante no está usando su propio producto; en la mayoría de ellos, el usuario es el demandante o alguien unido a él. Dada la ubicación a favor de la corriente del control físico, imponer responsabilidad en el fabricante por actos erróneos de los usuarios de los productos sería una invitación al desastre social. Ningún arreglo contractual privado toleraría jamás una división tan pronunciada entre un control *de facto* y la responsabilidad legal. Ciertamente, las garantías ordinarias del consumidor, limitadas como están a la reparación y reemplazo de los productos defectuosos, se refieren únicamente a productos que fallan al funcionar en uso normal. Es más importante conservar viva esa condición en el litigio por daño personal, que tiene sus más altos riesgos. La insistencia de Traynor en que la recuperación sea confinada a los casos del «uso normal y apropiado» elimina el prospecto de forzar cuidadosamente a los consumidores a subsidiar a los descuidados por medio de la responsabilidad civil extracontractual. Esta precisión también permite a los fabricantes no tener que diseñar productos que protejan a los descuidados de su propia negligencia, al tiempo que vuelven la utilización del producto en algo más complicado para los usuarios diligentes. En una palabra, la tercera condición de Traynor elimina de la responsabilidad civil extracontractual todos aquellos casos en los que el usuario del producto es el autor de su propia sentencia.

Así como un demandado puede decir: «Yo no hice eso», también él debería ser capaz de decir a cualquier demandante: «Usted se hizo esto a usted mismo», cuando el defecto es evidente y el daño evitable.

El caso Escola, quizá inconscientemente, desarrolló un régimen legal que apuntaba a los casos en los que la conducta errónea del fabricante era la única causa de daño. Esta característica tuvo poca injerencia respecto de los casos complejos de demandas conjuntas, que pueden surgir cuando un producto es defectuoso desde su inicio y posteriormente mal manejado a lo largo del camino. Esos casos de demanda conjunta son probablemente muy pocos, al menos si la responsabilidad está confinada a los productos con defectos ocultos. Paralelamente a la aplicación formal del sistema original de Traynor, la ley no impuso una amenaza a la innovación y fabricación de productos útiles. Estas constricciones sobre la recuperación permanecieron en efecto, desde el tiempo de la concurrencia de 1944 de Traynor hasta los últimos años de la década de 1960. Sin embargo, una vez que el aparato de justificación de Traynor se convirtió en parte de la corriente principal de pensamiento, su constreñido sistema comenzó a dejarse de lado, y las Cortes y jueces tomaron sus expansivos razonamientos por responsabilidad más seriamente de lo que hicieron con las condiciones cuidadosamente preservadas en Escola.



## CAPÍTULO 12

# La situación actual de la responsabilidad por productos defectuosos

LA EXPANSIÓN DEL ÁMBITO de aplicación de la responsabilidad por productos defectuosos, desde su vacilante comienzo en la mitad del siglo diecinueve hasta el último tercio del siglo veinte, fue —desde un punto de vista práctico— muy modesto y, a grandes rasgos, saludable. A pesar ello, la tensión entre las reglas de responsabilidad cuidadosamente delimitadas y los razonamientos de corte liberal del magistrado Traynor conllevaron que estas no pudieran sobrevivir por siempre. En algunos casos, la teoría tuvo que limitarse para concordar con la ley, mientras que, en otros, fue la ley la que tuvo que adecuarse para concordar con la teoría. Desgraciadamente, un acontecimiento extraordinario ocurrió: el razonamiento (acaso inconsistente) liberal de Traynor acerca de la responsabilidad conllevó que fueran dejados de lado los dos requisitos de defecto latente en la condición original y uso normal.

Cambios de esta magnitud reflejan cambios fundamentales en la forma de ver las cosas, que fueron el resultado de la cercana conexión entre los textos doctrinarios y las innovaciones en materia legal. De tiempo en tiempo, los académicos más notables de la época insistieron en hablar de la importancia de los mecanismos de seguro para trasladar las pérdidas, del carácter inadecuado de los contratos privados para asignar riesgos, de la ignorancia de los consumidores como clase, de la irrelevancia de la reputación como un instrumento para asegurar la calidad de un producto y de la superior capacidad de los jueces y jurados para construir y aplicar las reglas que permitirían diferenciar los buenos productos de los malos.<sup>1</sup> Durante las décadas del cincuenta y sesenta, casi no hubo textos académicos en favor de mantener el limitado *statu quo*. Este hecho se debió a que la mayor parte de los académicos más destacados se pronunciaron a favor de utilizar el sistema de responsabilidad en la mayoría de los casos y en supuestos de responsabilidad de productos defectuosos.

---

<sup>1</sup> Véase PRIEST, George L. «The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law». *Journal of Legal Studies*, vol. 14, 1985, p. 461. Este trabajo revisa las contribuciones de Fleming James y Fritz Kessler.

Sus artículos surtieron efecto por sí mismos en el sistema legal poco después de la adopción en 1965 del Restatement (Segundo) of Torts (un proyecto, en partes iguales de restablecimiento y reforma, tomado por el American Law Institute).

Esta revolución se basó principalmente en dos presupuestos teóricos que podían explicar por qué los criterios para determinar la responsabilidad debían ser expandidos, pero nunca por qué estos debían ser limitados. La primera de estas premisas sostenía que un fabricante tiene siempre una mayor capacidad para prevenir el daño que el consumidor, sin importar cómo ocurra este. Esta corriente trató la capacidad de prevención de la víctima, una característica esencial del antiguo orden de responsabilidad en el *common law*, como irrelevante y poco efectiva. El consumidor se convirtió en un autómata «sin poder» para prevenir pérdidas, actuando al margen de la información que poseía, los peligros que enfrentaba y las estructuras de incentivos bajo los cuales actuaba.<sup>2</sup> En la práctica, esas suposiciones extremas y heroicas no podían ser sostenidas de manera absoluta, ya que la conducta del demandante podría reducir la responsabilidad del productor. Sin embargo, aun en casos de conducta extremadamente descuidada o negligente por parte del consumidor —no usar cinturones de seguridad, conducir por encima del límite de velocidad, conducir en estado de ebriedad y no seguir las instrucciones—, la responsabilidad recae sobre el productor, ya que pudo prever el mal uso del producto por parte del consumidor, de modo que sea el primero quien asuma el costo.

El segundo dogma al cual ya nos hemos referido es, precisamente, que todas esas pérdidas pueden ser controladas utilizando el sistema de seguros. Sin embargo, en la actualidad este dogma ha demostrado ser ineficiente en mil formas, pues los litigios acerca de las coberturas del seguro contratado (desde pérdidas de agua en cañerías hasta daños por asbesto) han costado tanto como los de responsabilidad civil derivados del siniestro. La capacidad de las compañías de seguros de asumir los costos de riesgos futuros se ha visto comprometida, ya que las compañías de seguros no pueden valorizar los riesgos futuros por productos vendidos años atrás por vendedores que no pueden controlar o influenciar la conducta de personas que están ahora en posesión de dichos productos. Han ocurrido dos grandes crisis en los mercados de seguros: una a mediados de los años setenta y la otra en los ochenta. Sin embargo, la misma ley de hierro para mercados de productos se aplica para seguros. Algunas veces es menos costoso para una empresa abandonar un mercado que permanecer en él bajo condiciones adversas. Algunas veces ese abandono está lejos de ser voluntario. El Lloyd's de Londres fue una compañía de reaseguros para riesgos de productos de los Estados Unidos durante las décadas del setenta y ochenta, cuando la naturaleza peculiar de las

---

<sup>2</sup> Véase *Greenman v. Yuba Power Products Co., Inc.*, 377 P.2 897 (Cal. 1963), donde la decisión fue escrita por el magistrado Traynor como la opinión de la Corte.

normas de responsabilidad civil en los Estados Unidos era poco conocida por los aseguradores ingleses, que asumieron sin mayores reparos la similitud entre estas y las inglesas. La desastrosa experiencia de Lloyd's en el mercado de reaseguros ha dejado a esta empresa como una mera sombra de lo que era, quebrada por divisiones internas y plagada de responsabilidades legales externas.<sup>3</sup>

Los problemas que se derivan de evitar y diseminar pérdidas han ejercido una gran influencia al momento de elegir entre la celebración de un contrato *ex ante* o asumir la demanda por responsabilidad civil *ex post* para enfrentar las pérdidas ocasionadas en los casos de responsabilidad por productos defectuosos. La opinión del magistrado Traynor en el caso Escola nos da una buena razón para creer que la responsabilidad objetiva por productos que presenten defectos ocultos funcionará bien en un amplio margen de circunstancias, siempre y cuando estas estén constreñidas por reglas que obliguen a los usuarios y terceros a ciertas conductas. Sin embargo, su premonición no es una verdad inflexible, y si su regla supletoria no es perfecta para ciertas clases de productos, los fabricantes deberían desear entrar en contratos directos con los consumidores con la finalidad de trasladar el riesgo. Las barreras de secreto que aparecieron en los inicios de la ley de responsabilidad por productos defectuosos deberían, por tanto, convertirse en víctimas de las aumentadas trabas asociadas con la venta de productos riesgosos.

Sin embargo, la respuesta contractual ha sido desprestigiada por la ley, que ve cualquier cláusula de limitación de responsabilidad por daños con profunda sospecha y desconfianza, especialmente si son aplicables a daños corporales.<sup>4</sup> Hoy en día el asunto está fuera de dudas, tan es así que el Draft of Restatement (Third) of Product Liability del American Law Institute ni siquiera se detiene a examinar el asunto. En lugar de ello, adopta la posición de una línea recta sin interrupciones cuando establece: «Los reclamos y limitaciones de responsabilidad alegados por los vendedores de productos, la renuncia por parte de los compradores y otras limitaciones de responsabilidad contractuales similares, orales o escritas, no restringen o reducen los reclamos de responsabilidad de producto por daño a personas».<sup>5</sup> La explicación para la provisión es tan concisa como no persuasiva. «Se presume que a la demandante le faltó suficiente información, poder de negociación o la necesaria posición en la negociación para exigir una justa limitación contractual de los derechos

<sup>3</sup> Richard W. Stevenson. «Lloyd's Offers Investors \$ 1.3 Billions to Settle». *New York Times*, 8 de diciembre de 1993, p. D5.

<sup>4</sup> Véase *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 161 A.2d 69 (N. J. 1960). La ley moderna usualmente permite cláusulas para pérdidas económicas, mecanismo apropiado para garantías de contrato. Véase *East River Steamship Corp. v. Transamérica Delaval*, 476 U.S. 858 (1986).

<sup>5</sup> American Law Institute (en adelante ALI). «Restatement of the Law». *Torts: Product Liability*, § 8, 109 (1994).



a recuperar».<sup>6</sup> No es posible aseverar cuál de estas explicaciones es aplicable a qué casos o indicar qué es necesario para crear una presunción conclusiva en lugar de una presunción refutable, o siquiera qué términos de una renuncia contractual podrían ser justos, dado que, en principio, se asume que estas tienen al menos una existencia etérea.

La inflexible posición de la ley moderna supone ciertas consecuencias adversas. Una de las más desafortunadas ha sido impedir que las empresas privadas emitan garantías para expandir el alcance de su responsabilidad, más allá de lo que ahora exige la ley. Así, cuando Uniroyal ofreció reparar o cambiar sus llantas sin cargo en la eventualidad de que revienten, siempre que la llanta no haya sido perforada por un clavo o mal usada, la empresa voluntariamente asumió una forma limitada de responsabilidad de producto sin ser necesario probar su defecto. En *Collins contra Uniroyal, Inc.*, la Corte de Nueva Jersey decidió que la oferta de la empresa valía la mitad de su precio en el mercado: el sustento para ampliar la responsabilidad permaneció, pero la limitación de responsabilidad por daños a reparar o reemplazar fue rechazada por irracional e inválida. El resultado fue que ahora los daños completos eran recuperables sin prueba del defecto del producto.<sup>7</sup>

La decisión puede haber beneficiado a los consumidores, pero efectivamente negó cualquier esfuerzo por expandir la cobertura de la garantía mientras limitaba los daños, hecho que habría beneficiado a los consumidores. Sin duda, la resolución de Nueva Jersey no impidió el pago de diez mil dólares para cualquiera que muriera mientras manejara con llantas Uniroyal, circulando en un automóvil General Motors o tomando un producto farmacéutico Merck. Pero, ¿qué empresa puede arriesgarse a que la doctrina de la irracionalidad convierta una garantía útil en una sentencia de muerte financiera? Incluso cuando un Estado (en el que todas las partes lesionadas se podrían agrupar) pudiera activar la cobertura mientras anula la limitación de responsabilidad, ninguna empresa se arriesgaría a constituir garantías que podrían resultar mucho más desastrosas. El camino de la innovación contractual ha sido efectivamente bloqueado por una decisión que no debe seguirse necesariamente. De este modo, la consecuencia práctica de esta y de similares decisiones es reducir el nivel de información disponible para los consumidores, impidiendo que las empresas provean las garantías limitadas que muestran el rango de pérdidas esperadas de un producto por la compensación que proveen. La empresa con un producto superior puede subvencionar el financiamiento de una garantía limitada que su competidor de un nivel inferior no puede igualar. Una vez que se vuelve demasiado peligroso proveer esa garantía, un indicador obvio de la diferenciación del producto será eliminado. Este hecho supone,

---

<sup>6</sup> Ídem, en 110.

<sup>7</sup> *Collins v. Uniroyal Inc.*, 315 A2d 16 (N. J. 1974), citada con aprobación en el ALI. *Torts: Product Liability*, 228.

sin duda, que cualquier esfuerzo contractual para limitar la responsabilidad por productos defectuosos también será rechazado.

Modificar las reglas contractuales por otras de responsabilidad civil convierte las reglas supletorias en regulación judicial directa. Dado que el contrato privado no puede corregir errores judiciales, los jueces y jurados deben articular por lo menos un conjunto factible de reglas de responsabilidad por productos defectuosos. Sin embargo, estas enfrentan nuevamente el problema de que una regla funcione bien en todos los casos. La regla básica de la responsabilidad objetiva funciona bien en la mayoría de los casos en los que los defectos se originan en el proceso de fabricación del producto, tales como los que involucran latas de conservas de atún con filos o puntas, o metal filoso en las aspas de los ventiladores. También funciona bien para los productos mal etiquetados o contaminados. Empero, una regla de responsabilidad objetiva es inapropiada en los casos de una mala práctica médica. Así, por ejemplo, es inadecuada en los casos de acuerdos voluntarios acerca de los efectos colaterales de sustancias farmacéuticas (tales como esteroides y sustancias usadas en quimioterapia) que son parte del costoso tratamiento médico. No obstante, es eminentemente racional que los consumidores acepten el riesgo inherente a estos productos a efectos de mejorar sus probabilidades de vida. De este modo, los pacientes que tienen diagnosticada una enfermedad terminal sin duda asumirán los riesgos de que en un 10 por ciento de casos el fármaco sea fatal o tenga un efecto colateral desconocido. En consecuencia, es crucial que, en estos casos, el punto de referencia contra el que se mide el éxito del producto no sea un mundo sin riesgos sino uno de duras disyuntivas y peligros ocultos.

La doctrina moderna trata de acoplar estos casos retirando la responsabilidad objetiva de «productos inevitablemente peligrosos», preparados apropiadamente y portadores de direcciones y advertencias apropiadas.<sup>8</sup> Sin embargo, a pesar de que la provisión parece consecuente con el buen sentido, quedan dos debilidades. En primer lugar, la regla no indica cómo debe determinarse cuándo una dirección o advertencia es adecuada. En segundo término, la regla presupone que incumplir esta obligación implica pagar todos los daños, en lugar de proponer una reparación menos grave. No obstante, a pesar de hacer un esfuerzo responsable y concienzudo por identificar riesgos, resulta imprevisible prever consecuencias no deseadas en todos los casos. Así, mientras la responsabilidad objetiva no es un talismán mágico, el punto amplio en la libertad contractual está olvidado en una niebla de conversación acerca de desigualdad de poder de negociación, ignorancia del consumidor y olvido regulador. Todas las posibilidades de contratación fueron efectivamente excluidas alrededor de la mitad de la década del sesenta.

---

<sup>8</sup> Restatement (Segundo) of Torts, 402, comentario k. Para la misma opinión, véase también ALI, *Torts: Product Liability*, §4, 57-89.

En sí misma, esta aserción judicial de poder no garantiza un conjunto inferior de resultados sociales, pero altera las posibilidades negativamente. El ingrediente faltante en la mezcla es una modificación legal hacia soluciones que los acuerdos voluntarios podrían proporcionar. A veces se afirma que el vehículo clave para cambiar la ley de responsabilidad por productos defectuosos fue el Restatement (Segundo) of Torts de 1965, punto 402.<sup>9</sup> Este adoptó el principio de responsabilidad objetiva por productos defectuosos que el magistrado Traynor persuadió de adoptar a su Corte en el caso *Escola*, en 1963. Sin embargo, al menos en este punto, el Restatement suena más como un eco del pasado que como un heraldo del futuro. Las extensiones reales de la responsabilidad se iniciaron después de que el Restatement fuera adoptado en casos que ligeramente rozaba. Ciertamente, los cambios doctrinales en el campo de la responsabilidad tuvieron poco que ver con la aceptación de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos, pero pueden seguirse hasta un número de desarrollos significativos de los años recientes. Es útil considerar tres de esos temas aquí y su unificación interna en la moderna formulación riesgo/utilidad de la ley de responsabilidad por productos defectuosos.

## LA PRESENTE SÍNTESIS

### Defectos visibles y evidentes

El primer cambio doctrinal que se puede apreciar fue el abandono de la antigua regla de que si un demandante era lesionado por un defecto visible y evidente, no podía ser resarcido.<sup>9</sup> Al hacer este cambio, las Cortes abandonaron las teorías de la representación inadecuada que fundamentaba el antiguo sistema de responsabilidad por productos defectuosos. Hoy en día, las Cortes deben instruir a los jurados sobre cómo decidir cuáles defectos evidentes y visibles eran fuente de responsabilidad y cuáles no lo eran. El argumento en favor de este nuevo régimen legal se formula frecuentemente de la siguiente manera: «Ningún fabricante debería estar permitido de incrementar sus utilidades haciendo que los peligros ocultos sean más obvios». Empero, los incentivos para los fabricantes son en realidad mucho más complejos. Una vez que un peligro se hace más y más evidente, otros sujetos están alertados, así la ley determine o no a esta condición peligrosa como un defecto del producto. Si la estimación del riesgo que hacen los consumidores aumenta, entonces sus preferencias para comprar o usar el producto disminuirán. Este hecho difícilmente agradecerá al fabricante, pues su

---

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, *Micallef v. Miehle Co.*, 348 N.E.2d 571 (N.Y. 1976), que deniega *Campo v. Scofield* 95 N.E.2d 802 (N.Y. 1951). El caso *Micallef* está aprobado en ALI, *Torts: Product Liability*, §2, ilustración 3 (1994), 24.



objetivo no es simplemente minimizar su responsabilidad una vez que sus productos estén vendidos, sino que lo que busca es, en primer lugar, vender sus productos. Hacer ciertas características obvias hará la maquinaria más segura (de tal manera que la frase «defecto obvio» pasa a ser casi absurda) al reducir los costos de prevención de los compradores y usuarios del equipo: es más fácil neutralizar aquellas características conocidas que las que están ocultas.

La regla de defectos manifiestos y evidentes crea un conjunto estable de expectativas para las partes, y coloca la difícil carga de la modificación y precaución en los empleadores que compran el producto y en los empleados que lo usan. Un empleador puede prevenir el riesgo adecuando su equipo a la luz del conocimiento especial de sus propios requerimientos. La realización de esta posibilidad también puede alterar las condiciones generales en el centro de trabajo —iluminación, duración de los turnos, entrenamiento e instrucciones— para minimizar los riesgos. El empleado, por su parte, puede tomar precauciones análogas para minimizar riesgos operando cuidadosamente el equipo (no sorprende que muchos juicios que involucran condiciones manifiestas y evidentes los inicien empleados dañados en el primer día de trabajo o en su primera experiencia con la maquinaria). Como un todo, la regla de lo manifiesto y evidente tiene la remarcable virtud de trasladar el riesgo al producto mismo, de tal manera que puede ser adjudicada al empleador o al empleado por contrato o, como es más común actualmente, bajo el sistema de compensación de los trabajadores.

En el momento en que se abandone la regla, alguna Corte o jurado tendrá que decidir qué defectos manifiestos y evidentes puede prevenir el fabricante a un costo menor que el empleador o el trabajador, a pesar de que no haya manera de determinar si es más barato para un fabricante instalar un supervisor cuando se vende el producto por primera vez o tener un segundo empleado que asista al primero cuando se realice alguna operación peligrosa de limpieza o reparación en el equipo mientras está aún en servicio. Una vez más, la antigua regla es más deseable debido a sus menores costos de administración y sus incentivos más deseables.

## Advertencias

Se trata del segundo gran cambio doctrinal en la responsabilidad por daños y ocurrió con la inclusión de advertencias en los productos, particularmente en los de índole farmacéutico y en los que contenían sustancias químicas. Contrariamente a lo que ocurre con las máquinas, herramientas y equipo similar, en relación con los cuales la simple inspección probablemente no informe a los consumidores sobre los riesgos del producto. Advertencias simples, como un cráneo y huesos cruzados, podrían advertir a una persona para que no ingiera un producto farmacéutico o una sustancia química, pero no son suficiente para informar a los consumidores cómo usar con seguridad

esos productos peligrosos que pueden tener efectos beneficiosos. Es claro que, como un asunto de sentido común, se requiere que el producto lleve ciertas advertencias o un listado de precauciones, y ellas son proporcionadas normalmente por el fabricante, aunque sea solo para satisfacer un requerimiento profesional o del consumidor.

Sin embargo, cabe preguntarse si las respuestas que proporciona el mercado pueden considerarse como suficientes; dado que las empresas tienen algún incentivo para restar importancia a los peligros de los productos que ellos venden, existe un espacio considerable para que exista un control estatal de las advertencias, y así contrarrestar lo que podría ser un serio riesgo en el caso de ocultarse o no divulgarse. Pero, ¿qué técnica debería ser usada para proporcionar advertencias en productos que se producen masivamente? Comenzando con los casos de los años sesenta de la vacuna contra el polio y extendiéndose hasta los casos de los años setenta de la vacuna contra la gripe, las Cortes insistieron en una revisión caso por caso de las advertencias, luego de que los productos (quizás erróneamente) producían alguna enfermedad o inhabilitación.<sup>10</sup> Realizar investigaciones *ad hoc* de las advertencias resulta costoso y completamente impreciso, y ningún estándar más preciso que «adecuado» o «razonable» cubre el amplio rango existente en materia de productos riesgosos. Algunas veces, las decisiones parecen estar motivadas por la búsqueda de un *deep pocket*.<sup>11</sup> Así, por ejemplo, existe un caso en que se resarcó a la demandante por el daño cerebral que le causó una apoplejía como consecuencia del consumo de pastillas anticonceptivas, porque la palabra exacta «apoplejía» no aparecía en el folleto de advertencias del Food and Drug Administration (FDA), aun cuando en el mismo se mencionaba extensamente el riesgo que la ingestión de estas píldoras suponía en términos de daño cerebral y muerte.<sup>12</sup> Por ello, la actual jurisprudencia tiene sus dudas acerca de la naturaleza indiferente de la regulación directa, aun cuando sean altos los niveles de supervisión administrativa directa. «No obstante», afirma la posición convencional, «la simpatía hacia estos mecanismos reguladores es considerada injustificada por un creciente número de Cortes. Pues un producto farmacéutico o un dispositivo médico aprobado por la FDA puede conllevar altos riesgos sin significar mayores ventajas».<sup>13</sup> Las Cortes siempre ven las

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, *Davis v. Wyeth Laboratories*, 399 F.2d 121 (novenno circuito, 1968) —vacuna contra la polio—; y *Unthank v. Estados Unidos*, 732 F.2d 1517 (décimo circuito, 1984) —vacuna contra la gripe—.

<sup>11</sup> En materia de responsabilidad civil se postula la doctrina del *deep pocket*. Esta supone trasladar los costos del daño al sujeto con mejor capacidad económica para afrontarlo. Así, por ejemplo, para trasladar el coste del daño no resulta relevante si el sujeto que lo ocasionó actuó o no con la diligencia debida, sino si está en mejor situación económica para afrontar el coste del daño que la víctima. (Nota de los traductores)

<sup>12</sup> *MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 475 N.E.2d 65 (Mass. 1985).

<sup>13</sup> ALI. *Torts: Product Liability*, §4, comentario b, 62.



garantías asignadas como mínimas, pero no necesariamente suficientes; entonces, el jurado puede rechazar el resultado del procedimiento administrativo y comenzar nuevamente de cero. No tiene sentido que el procedimiento administrativo (como seguramente es el caso con los productos farmacéuticos nuevos) sea muy restrictivo al permitir que nuevos productos lleguen al mercado y muy cauteloso en la selección de las advertencias e instrucciones requeridas.

La mejor solución adopta, sin embargo, otra regla simple per se: debe ponerse el mayor énfasis en las advertencias determinadas por la legislación federal para fármacos y las sustancias químicas estandarizadas (en estos casos la obligación legal concluye con la advertencia al consumidor). La diferencia entre estos dos enfoques es enorme. A partir de esta presunción legal, pocos casos de inadvertencia llegan a las Cortes, ya que el cumplimiento de la ley se convierte en una decisión gerencial de bajo nivel, que involucra muy poca o ninguna discreción.

El régimen más simple tiene un significativo número de ventajas. Desde la presente ley, un jurado tiene la tentación de magnificar el resultado adverso para el demandante mientras que ignora otros casos en los cuales las advertencias han cumplido su función. Hay pocos incentivos para considerar la posibilidad de que proporcionar advertencias alarmistas podría haber causado el temor a otras personas, no visibles ahora, de tomar productos farmacéuticos que les son beneficiosos. De igual forma, el demandante individual tiene todos los incentivos para seguir sosteniendo, *a posteriori*, que cualquier advertencia más enérgica podría haber cambiado la selección del producto farmacéutico o patrón de uso, al punto de que el daño sufrido podría haberse evitado. Estas formas de encubrirse no son posibles en un escenario administrativo en el que la adecuación de las advertencias está decidida antes, y no después de que se introduce el producto en el mercado. De esta manera, los individuos asumirán los daños de advertencias excesivas y obtendrán los beneficios de las apropiadas. Harán una evaluación sincera de todas las formas de riesgo porque tienen que determinar antes, y no después de que estas se hagan evidentes.

Pasar por alto los defectos del sistema actual no implica que el contenido de las advertencias deba dejarse exclusivamente a la voluntad de los fabricantes, debido a la posibilidad de que, si los fabricantes nunca pudieran ser demandados por sus advertencias en foro alguno, las advertencias no sean del todo honestas o las expresiones utilizadas sean erradas. En lugar de ello, estas propuestas aconsejan un cambio en el foro relevante para adoptar estas decisiones. Aquellos grupos de interés, así como otros grupos, que requieren advertencias más fuertes, pueden presentar su caso por medio de los procedimientos administrativos usuales, en un escenario en el que las ganancias resultantes de advertencias más fuertes puedan ser sopesadas *ex ante* contra los peligros (las advertencias complicadas pueden ser descartadas o malentendidas, y las advertencias excesivas pueden atemorizar a las personas de usar productos con un real beneficio anticipado). Este proceso funcionó en el caso del control de la natalidad, en



el que la palabra mágica «apoplejía» fue agregada a las advertencias años antes de que el juicio se resolviera. Cuando no existe ninguna advertencia que cubra todas las bases, ese hecho puede ser reconocido: la etiqueta podría entonces recomendar que los médicos u otros profesionales fueran consultados antes de usar el producto, o podría ordenar que se realicen investigaciones adicionales para ver si un producto que es seguro al usarse solo, se convierte en peligroso cuando es usado conjuntamente con otros productos.

Algunos esquemas federales han sido interpretados de esta manera para adoptar este enfoque. Consecuentemente, el Acta Federal de Insecticidas, Funguicidas y Raticidas (FIFRA) requería que los fabricantes enviaran el detalle de las advertencias a la EPA, que los aprobaba, convirtiéndose estas en obligaciones desde antes de que los productos sean utilizados por los consumidores. Una vez en el mercado, las advertencias aprobadas no podían ser alteradas por nadie. Una de las primeras resoluciones al respecto determinó que los trabajadores individuales que reclamaron por lesiones ocasionadas por los productos cuyas advertencias habían sido aprobadas por FIFRA podían cuestionar las advertencias mediante demandas de responsabilidad iniciadas a nivel estatal.<sup>14</sup> El efecto del régimen legal es sujetar estas advertencias aprobadas a desafíos de adecuación por jurados en cincuenta estados diferentes que operan bajo cincuenta leyes diferentes. Sin embargo, decisiones más recientes han tomado la visión sensible de que una vez que el EPA haya aprobado las advertencias, se bloquee una segunda ola de ataques por medio del sistema de daños. Las cuestiones de adecuación pueden establecerse, de una vez por todas, antes que la agencia y no en ataques dispersos e inconsistentes después del hecho.

Los cigarrillos sustentan otro ejemplo de la interacción entre las etiquetas de advertencia federales y las acciones por daños en el ámbito del Estado. Actualmente, los cigarrillos pueden venderse en este país solo en paquetes que contengan las advertencias de ley que son delineadas por el Congreso mismo, y que han sido revisadas y

---

<sup>14</sup> *Ferebee v. Chevron Chemical Co., Inc.*, 736 F.2d 1529 (D.C. 1984), que permite la acción por daños por la ley del estado. El caso contiene su propio Catch-22. El fallecido fue un trabajador agrícola en un centro de investigación del gobierno. Las demandas reclamaron que su fibrosis pulmonar fue causada por la exposición por período prolongado de su piel al herbicida tóxico *paraquat*, distribuido solamente por el acusado. Se arguyó que la etiqueta oficial no advertía de ese riesgo. La compañía se defendió sobre la base de que el *paraquat* no causó la fibrosis. Si esta afirmación es correcta en ese respecto, como parece probable, entonces su advertencia tenía que ser adecuada. Por lo tanto, no es obligatorio advertir de peligros que un producto no causa. Sobre el punto de la preferencia, el caso *Ferebee* sostuvo que era posible mantener a un distribuidor entre una roca y un lugar duro: «Chevron puede cumplir tanto con la ley federal como la estatal continuando con el uso de las etiquetas aprobadas por la EPA y simultáneamente pagando a las demandas exitosas por daños tal como Mr. Ferebee». Id. en 1541. La decisión ha sido uniformemente rechazada en años recientes. Véase, por ejemplo, *King v. E. I. DuPont DeNemours*, 996 F.2d 1346 (primer circuito, 1993).

fortalecidas en 1969 y nuevamente en 1984. Importa poco lo que diga la advertencia, ya que el riesgo genérico de los cigarrillos es un asunto de común conocimiento que está sobrestimado y no subestimado por el público en general.<sup>15</sup> Cuando, como ha sido sostenido por la Corte Suprema,<sup>16</sup> la ley es interpretada para evitar ataques bajo el derecho de la responsabilidad civil en la suficiencia de la publicidad y (al parecer) del etiquetado legal, fácilmente se pueden evitar grandes juicios que cuestan millones. Adicionalmente, las Cortes no tendrán que detectar caso por caso cuál debería haber sido la advertencia y cuánta influencia podría tener una advertencia sobre la vida de un fumador, sobre la selección de la marca de cigarrillos o sobre el monto de tabaco consumido.

Los casos de mala representación son los más indicados para entablar un litigio en el que una oración simple y discreta induce a confianza peligrosa, digamos, en la forma de una inversión o un préstamo imprudente. El litigio no puede funcionar bien cuando se deben desarrollar agitadas biografías y extensas historias sociales simplemente para decidir qué supo el demandante en ese momento. Nadie puede armar un conjunto de condiciones que puedan generar juicios perceptibles de casos individuales de lesiones causadas por cigarrillos, y nadie debiera estar autorizado a intentarlo. Los cigarrillos son un producto genérico, y las diferencias en daños entre las diferentes marcas (aparte de las respuestas relativas a la dosis, que las advertencias del gobierno nunca mencionan) son tan ligeras —si acaso existen— que una simple advertencia es suficiente hasta ahora. La tendencia de los académicos es disminuir el lugar de privilegio que disfrutaban los cigarrillos en relación con otros productos. El enfoque correcto es hacer lo contrario y convertir esta aproximación legal en el estándar para otros productos, tales como los productos farmacéuticos y otros dispositivos que están regulados actualmente por la Administración de Alimentos y Drogas (FDA).

Un sistema de clarificación previa de advertencias estandarizadas no funcionará para todos los productos porque para algunos (tales como los productos cosméticos) los riesgos pueden ser tan pequeños que armar el aparato administrativo tendrá un costo que no valdrá la pena afrontar. Tampoco es probable que funcione en el caso de herramientas que difieren de modelo a modelo y de fabricante a fabricante. Aquí podrían requerirse advertencias específicas por producto, y ellas deberían ser evaluadas con una alerta muy consciente de las limitaciones del proceso judicial. Sin embargo, en el caso de muchos productos riesgosos —productos farmacéuticos, sustancias químicas, pesticidas—, los sistemas administrativos federales ya están listos para establecer o vigilar las advertencias. Nada se gana poniendo a funcionar una segunda

---

<sup>15</sup> Véase W. Viscusi, Kip. *Smoking: Making the Risk Decision*, 1992.

<sup>16</sup> *Cipollone v. Liggett Group*, 112 S.Ct. 2608 (1992) —en el cual yo trabajé como consultor para Philip Morris—.

inquietud, en la que las complicaciones de hecho del caso particular (¿acaso este desorden inmunológico fue causado por enfermedad normal o por otro producto farmacéutico o químico?) son solo determinaciones confiables en la cuestión de las advertencias. En principio, todos apoyan las advertencias que cuestan y que son efectivas, pues posibilitarán a los usuarios de los productos hacer elecciones inteligentes. No obstante, quizá el más importante defecto en esta área de la ley moderna de responsabilidad por productos defectuosos sea la insistencia moderna de que todas las advertencias ya vetadas mediante el proceso administrativo estén sujetas a una segunda evaluación mediante el proceso judicial. Esta es otra ilustración de incentivos bajos a altos costos administrativos.

Ciertamente, la ley actual de advertencias parece ser tan inadecuada para su propósito que uno frecuentemente busca explicaciones a sus continuas decisiones en las Cortes en otro lado. Una explicación es de tipo político. El extenso sistema de responsabilidad por daños relacionados a productos farmacéuticos podría ser visto como un hito a lo largo del camino hacia un sistema sin fallas de compensación por lesiones relacionadas a productos farmacéuticos o incluso hacia un sistema nacional de cuidado de la salud. Mantener la observación en las compañías de productos farmacéuticos las hace proponentes de reformas legislativas como un medio para liberarse de sus propias responsabilidades por daños. Sin embargo, los jueces tienen tareas particulares y poderes limitados. Si ellos no pueden participar directamente en una decisión legislativa tan importante como la formación de un sistema general de compensación, que permite un solo plan nacional de salud, ¿por qué deberían ellos «meter mano» en la escala de daños con la finalidad de influir los resultados políticos? Peor aún, el sistema apesta a cinismo, ya que las responsabilidades no garantizadas son usadas para envolver a los demandados en una batalla que, de otra manera, no tendrían por qué luchar. Lo peor de todo: el argumento revela ingenuidad acerca de las realidades políticas. Es mucho más probable que las compañías de productos farmacéuticos abandonen ciertos segmentos de alto riesgo del mercado en lugar de tomar a su cargo la lucha de reformar la ley de daños o el sistema del cuidado de la salud. Ciertamente, cualquier esfuerzo de reforma tendrá resistencia de los abogados que ganan dinero de la incertidumbre actual. El resultado más probable es el que tenemos hoy en día: un programa de compensación parcial, sin exigencia de culpa por daños relacionados a productos farmacéuticos que coexisten de manera oscura con el derecho de acción por demandantes afectados, tal como exige el National Childhood Vaccine Injury Act.<sup>17</sup> Sin embargo, el financiamiento de este programa legal, su estabilidad a lo largo del

---

<sup>17</sup> National Childhood Vaccine Injury Act de 1986, Ley Pública n.º 99-660,100 estatuto 3743, §301 et seq. (1988).



tiempo y el manejo de los reclamos individuales son cuestionables.<sup>18</sup> Es bastante difícil acertar con las doctrinas de daños cuando ellas son examinadas por su propia validez. Es imposible acertar con ellas si las grandes agendas ocultas están esperando para atacar.

### Resistencia de vehículos a colisión o accidente y defectos de diseño

La resistencia de vehículos a colisión o accidente representa una tercera gran expansión de la ley de responsabilidad por productos defectuosos. Antes del período moderno, todos los casos de defecto de diseño caían en el patrón de defectos latentes en el diseño original que causaban daño en el uso ordinario. De esta manera, el desafortunado conductor de un automóvil podía recuperar por injurias si el tanque de combustible explotaba cuando él giraba la llave en el contacto o si un diseño inapropiado permitía que se acumulase excesiva gasolina en el carburador. Ciertamente, es justo por casos como este que los fabricantes devuelven las llamadas de solicitudes de reparación y hacen las correcciones necesarias. La doctrina de resistencia de vehículos a colisión o accidente amplía la clase de contingencias contra las cuales un fabricante debe cuidarse hasta incluir colisiones mayores, tales como aquellas originadas por la evidente conducta errónea del conductor o de algún tercero. En estas pérdidas, la responsabilidad podría no ser directa, porque ningún automóvil podría resistir un choque frontal con un camión Mack. Así, se deben aplicar los principios ordinarios de negligencia.

Lamentablemente, las dificultades en esta área son las mismas que las de los casos de advertencia. Dado que no hay patrones claros para decidir qué daños por colisión son o no previsibles, lo mejor que la ley puede hacer con un asunto general es insistir en que un vehículo sea «razonablemente seguro» o «no irracionalmente peligroso». Tampoco es suficiente afirmar que el riesgo de daño por colisión es obvio y que los compradores pueden escoger el nivel de riesgo que ellos están preparados a tomar seleccionando un vehículo de peso y durabilidad apropiados, equipado con las opciones

---

<sup>18</sup> La ejecución de los reclamos bajo la ley ha sido complejo. El financiamiento original proporcionó ochenta millones de dólares para financiar reclamos antes de octubre de 1988, una suma que ha probado ser inadecuada para alcanzar los reclamos aprobados. Para los reclamos por vacunaciones que surgían entre octubre de 1988 y octubre de 1992, se usó un impuesto de cinco dólares por dosis para construir el fondo hasta que llegó a seiscientos millones en febrero de 1993. Al fin de septiembre de 1992, cerca de 4400 peticiones habían sido sometidas, mayormente por reclamos anteriores a 1988. De ellos, el gobierno ha descartado 541 y aceptado 502, por los cuales se ha pagado 250 millones de dólares. A la fecha de escribir este trabajo, el programa original no ha sido renovado: no se han cobrado impuestos y los reclamos posteriores a febrero de 1993 no pueden ser compensados a partir de los fondos existentes. El estado de los reclamos por daños posteriores a septiembre de 1992 aún no ha sido clarificado.

apropiadas. Después del hecho, la ley convierte a los jueces y jurados en diseñadores ad hoc encargados de la evaluación de muchos tratos entre la seguridad, conveniencia y precio que entran en el diseño y venta de un automóvil.

Una reciente causa célebre en el género de la resistencia de vehículos a colisión o accidente fue el conocido caso de Moseley contra General Motors, en el que el jurado dio un veredicto de compensación y daños punitivos por 105 millones de dólares cuando un muchacho de diecisiete años de edad murió quemado después que su camión General Motors chocara con el auto de un conductor ebrio.<sup>19</sup> El caso ganó notoriedad a partir de un programa de la NBC, orquestado por los expertos del demandante, que usaron dispositivos incendiarios ocultos para garantizar una explosión en el impacto en una demostración visual diseñada para ilustrar que el vehículo fue el más peligroso vehículo en la carretera. Sin embargo, los elementos del fraude periodístico y una alianza *non sancta* entre el Colegio de Abogados y los medios de comunicación no deben distraernos del tema central del caso: ¿qué evidencia hubo de que este camión era peligrosamente defectuoso? El cargo del demandante fue que existía un error en el diseño porque los tanques de gasolina estaban ubicados fuera del riel de la estructura protectora del vehículo. No obstante, el vehículo cumplía con los patrones federales de seguridad, y su tasa de falla en colisiones laterales era, contrariamente a las apariencias, el más bajo en la industria (0,196 fallecimientos por millón de vehículo/millas).

El gran contraste entre la intuición premonitoria y la información de la tasa base (fallecimientos por millones de millas recorridas) ilustra mucho de lo que está errado en la litigación moderna por responsabilidad de productos defectuosos. Evaluar la seguridad de un producto sobre la base de un caso aislado no es mejor que elaborar un análisis estadístico basado en una muestra del tamaño de un caso. Toda la información de tasas relevantes puede pasarse por alto o ignorarse fácilmente después del hecho, cuando el demandado, frecuentemente un conductor ebrio, no está asegurado y no tiene dinero. Tampoco este problema surge en solo un caso aberrante. Gary Schwartz puso una duda sustancial sobre la dramática línea de los casos Pinto que fueron litigados con similares veredictos espectaculares en los años de la década del setenta.<sup>20</sup> La evidencia de omisiones fatales y armas humeantes estuvo fuera de contexto y se acumuló gran cantidad de publicidad adversa para un carro cuyo récord general de seguridad era comparable al de los modelos competidores disponibles en ese tiempo.

Una vez más, el litigio aporta evidencia anecdótica sobre la investigación sistemática.

Estas críticas al sistema del *common law* de supervisión de la seguridad de diseño no debieron ser consideradas como una garantía del sistema actual de regulación de

---

<sup>19</sup> Para una profunda explicación del caso, véase OLSON, Walter. «The Most Dangerous Vehicle on the Road». *Wall Street Journal*, 9 de febrero de 1993, p. A14.

<sup>20</sup> SCHWARTZ, Gary T. «The Myth Of the Ford Pinto Case». *Rutgers Law Review*, vol. 43, 1991, p. 1013.



vehículos motorizados, porque hay poca razón para creer que cualquier sistema gubernamental de regulación hará mucho para desarrollar el nivel de seguridad vehicular. Como se menciona en el capítulo 11, no hay evidencia creíble de que exista una pronunciada, o siquiera perceptible, declinación en la tasa de accidentes que pueda deberse a ninguna de las intervenciones de la Comisión Nacional de Carreteras y Seguridad de Circulación, comenzadas en 1966, o a la mayor expansión en responsabilidad por daño introducidas poco tiempo después. El proceso clave es la transferencia de información sobre las características de seguridad de los automóviles, ya que los supervisores privados —compañías de seguros, reportes de los consumidores, publicaciones del negocio y consumidores informados— responden mejor que las supervisiones gubernamentales.

Pero supongamos que esta crítica no es nada certera. La pregunta entonces se convierte en la siguiente: ¿qué forma de regulación debería ser usada para superar los déficits de información de los consumidores ordinarios? Aquí, un sistema de regulación directa, a pesar de todos sus enormes defectos, tiene varias ventajas duraderas sobre el sistema de responsabilidad por daño que ahora opera junto con él. Una distorsión constante de los juicios ordinarios es dar peso indebido a la característica del diseño involucrada en un particular accidente, en relación con todas las otras características. Así, la tendencia es rediseñar los automóviles luego de analizar la contingencia que ocurrió; aunque los cambios de diseño propuestos, si fueron adoptados antes del hecho, podrían haber incrementado la probabilidad de accidentes a partir de una fuente distinta. Un sistema de regulación que evalúe el diseño y las características de seguridad antes de que se ponga en marcha la producción es menos probable que enfatice indebidamente ciertos peligros en relación con otros, precisamente porque ni los legisladores ni los consumidores dedicados pueden, desde atrás, quitar el velo de ignorancia.

Adicionalmente, los patrones administrativos de diseño (aun si están mal guiados) pueden cumplirse antes de la venta, y tal cumplimiento eliminaría los enormes gastos administrativos del litigio moderno por responsabilidad de productos defectuosos. En principio, la ley debería tratar a todos los vehículos no conformes como defectuosos y permitir juicios por las lesiones que ellos causen. No obstante, la probabilidad de incumplimiento de un patrón conocido es muy baja, y este hecho produce evaluaciones de seguridad que son menos costosas y más confiables: una combinación muy difícil de vencer. Como sucedía con las advertencias, una vez que el sistema federal de regulación está en vigencia, la pregunta crítica es la siguiente: ¿qué beneficios sociales se obtienen al superponer el sistema adicional de responsabilidad por daños? Sin duda, es probable que se filtren algunos errores de diseño individuales a través de las grietas de cualquier esquema regulador. Sin embargo, la existencia de estos errores está compensada por los errores mayores que probablemente irán en la dirección opuesta. Los diseños seguros y prudentes tienen igual probabilidad de ser llamados defectuosos sobre la base de un análisis *a posteriori*.



Una ilustración del problema es el eterno litigio sobre las bolsas de aire (*airbags*) en el asiento al lado del conductor en los automóviles. La pregunta ha sido vetada vigorosamente dentro del proceso administrativo a nivel federal. La industria de seguros en pleno se alineó para apoyar el requerimiento de bolsas de aire, basándose principalmente en la seguridad, mientras que la industria automotriz se opuso a ello, mayormente por razones de costo y efectividad.<sup>21</sup> Años de disputa condujeron a un compromiso administrativo elaborado que permitió el uso de dispositivos de resistencia pasiva (tales como cinturones de seguridad que automáticamente se enganchan en los asientos). Asimismo, se expidió un explícito cronograma para incluir las bolsas de aire en los nuevos vehículos. En este cuadro, ¿qué se ganó al autorizar demandas individuales en las acciones en el ámbito del estado por responsabilidad de productos defectuosos para atacar el compromiso de diseño aprobado en el ámbito federal, con un reclamo que insiste en que cada automóvil vendido en los Estados Unidos sin bolsas de aire, desde 1976, era defectuoso?

Desgraciadamente, estos reclamos no fueron debidamente autorizados por el Acta Nacional de Seguridad de Carreteras y Vehículos Motorizados. Aunque la ley federal dé ventajas y leyes estatales inconsistentes, los redactores de la Ley de Seguridad insertaron una provisión que preserva expresamente acciones por daños de nivel estatal, sin pensar en las implicancias de tal enfoque. No obstante, las Cortes han tenido buen criterio para asumir que las acciones por daños de nivel estatal, preservadas por esta cláusula de ahorros, no incluyen acciones que buscan invertir la comprensiva solución administrativa que rechazó la instalación inmediata de bolsas de aire, que las demandas insistían que eran necesarias.<sup>22</sup> Sin embargo, no es muy sabio dejar la interacción entre la acción administrativa federal y la ley de daños del estado a merced de la interpretación judicial. La ley federal debería incluir normas explícitas que bloqueen las acciones por la ley de responsabilidad civil del estado concernientes a diseños automotores que cumplan con los patrones federales. La incertidumbre interina y los gastos fuera del alcance del bolsillo podrían haberse prevenido con esta simple regla. En casos de diseño, como en casos de advertencia, un pequeño acierto es suficiente.

## RIESGO / UTILIDAD, LA NUEVA SÍNTESIS

La proliferación de teorías legales en el período moderno condujo rápidamente a un esfuerzo por desarrollar una comprensiva alternativa a la visión antigua, que se apoyó

---

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, *Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463 U.S. 29 (1983), solo una de tres apelaciones independientes en el prolongado desafío a las regulaciones de las bolsas de aire.

<sup>22</sup> Véase *Woods v. General Motors Corp.*, 865 F.2d 395 (primer circuito, 1988).

sobre los dos pilares de defecto latente y uso ordinario. Esta síntesis fue propuesta en 1973 por John Wade y desde esa época ha sido adoptada al pie de la letra por muchas cortes.<sup>23</sup> La distinción entre defectos patentes y latentes no ocupó por más tiempo el escenario central. En vez de eso, el asunto es si el producto mismo es «indebidamente peligroso», cuestión que se dice que descansa en una consideración de siete factores relacionados:

- La utilidad y demanda del producto: su utilidad para el usuario y para el público como un todo.
- Los aspectos de seguridad del producto: la probabilidad de que cause injuria, y la probable magnitud del daño.
- La disponibilidad de un producto sustituto que pueda satisfacer la misma necesidad sin ser inseguro.
- La habilidad del fabricante para eliminar el carácter inseguro del producto sin deteriorar su utilidad ni volverlo excesivamente caro para mantener su utilidad.
- La habilidad del usuario para evitar el peligro por el ejercicio del debido cuidado en el uso del producto.
- La anticipada percepción del usuario del peligro inherente en el producto y de su capacidad para evitarlo, que se debe al conocimiento general del público de las obvias condiciones del producto o de la existencia de advertencias o instrucciones.
- La factibilidad, en la parte del fabricante, de distribuir la pérdida estableciendo el precio del producto o llevando un seguro por responsabilidad.

Esta lista marca claramente un gran salto de complejidad en el área de responsabilidad por productos defectuosos. A un nivel, la lista posee un cierto grado de factibilidad porque, como un asunto de la práctica común de negocios, deberíamos esperar que los fabricantes, los compradores y los usuarios tengan rutinariamente en consideración los factores incluidos por Wade. Las ganancias por el uso del producto, los costos asociados, la habilidad de prevenir aquellas pérdidas por las varias partes a lo largo de la cadena de distribución y la habilidad de asegurar contra pérdidas constituyen el mismo conjunto de problemas que todos los participantes del mercado tuvieron que enfrentar antes de la expansión de la ley de responsabilidad de producto y que tienen que enfrentar hoy. ¿Por qué entonces atacar la ley, llegando al límite de que tenga que imitar las decisiones tomadas por las firmas que ella regula?

La respuesta a esta inquietud viene en varias partes. La respuesta más general se refiere a la naturaleza y función de las reglas legales a través del amplio espectro de la actividad humana. Aquí podrían adoptarse dos estrategias alternativas. La primera usa

---

<sup>23</sup> WADE, John. «On the Nature of Strict Tort Liability for Products». *Mississippi Law Journal*, vol. 44, 1973, p. 825. Sobre la adopción judicial, véase, por ejemplo, *O'Brien v. Muskin*, 463 A.2d 298 (N.J. 1983).

la ley para crear y defender esferas separadas de influencia y de control por cada persona. De este modo, permite a la gente intercambiar sus derechos para su mutuo mejoramiento. Se asume que las partes en transacción tendrán mejor información acerca de las ganancias y pérdidas que cualquier tercero que no está en la transacción. Si es así, las antiguas reglas que tuvieron como punto clave la representación errónea son defendibles como un medio para asegurar que los cambios generen mutua ganancia en trabajo o en mercados financieros en este caso. De aquí la crucial distinción entre defectos latentes y defectos patentes.

La visión de Wade no cambia los factores relevantes para el análisis, pero traslada el lugar de la decisión de las partes en transacción al estado. Desde la moderna concepción rival, se requiere que los jueces y jurados hagan, después de los hechos, un manejo minucioso de productos complejos en todas las áreas de la actividad humana. Hoy en día, es siempre posible, para el abogado de un demandante, decir categóricamente que un nuevo dispositivo de seguridad en una herramienta puede reducir la producción, pero ahorrar en costos por accidentes y que consecuentemente es razonable instalarlo. Y es por supuesto posible para el fabricante decir que una decisión así se toma, en el ámbito de la planta, por el empleador y el empleado. Así, un sistema constante de reflexión después del hecho se ha convertido en la orden del día. No importa qué se haya hecho, siempre será posible para el demandante decir qué más debió haberse hecho. El juicio privado de las personas informadas en el mercado ha sido reemplazado por los juicios públicos e inescrupulosos del estado, que actúan por medio de sus jueces y jurados mediante el análisis caso por caso. Los patrones de la comunidad se prueban en combate de una manera en la que no se prueba el análisis costo/beneficio.

Este punto general nos lleva de regreso a mi tema central. Recordemos que la mejora básica que incrementa en gastos administrativos solo puede ser justificada por los incentivos. A partir de este análisis, el cambio de los antiguos a los nuevos patrones de responsabilidad es claramente indeseable. Para mirar primero hacia el costo, cualquier sistema que haga que la responsabilidad gire alrededor de siete factores de relevancia admitida debe ser mucho más complejo que uno que maneja la distinción entre defectos latentes y patentes. La conclusión de un ingeniero aislado en un caso individual fácilmente podría, y frecuentemente lo hace, consumir horas de tiempo antes de que todas las posibles permutaciones se agoten.

Sin embargo, la recolección exhaustiva de información sobre «lo que pudo haber sido» no conduce necesariamente a un acuerdo sobre «qué se debió hacer». ¿Cómo deberían negociarse los siete factores de Wade contra cada uno, si señalan en direcciones opuestas? Las precauciones del consumidor son frecuentemente un sustituto para precauciones del productor, y las precauciones de terceros (no explícitamente mencionadas en la lista) podrían ser un sustituto para ambas. La prueba estándar de riesgo / utilidad hace que se vea como si todos estos factores fueran binarios, es decir, sujetos a respuestas de «sí o no» (o hay un producto sustituto disponible al mismo precio con



menor riesgo, o no lo hay). Sin embargo, el mundo es mucho más complejo: frecuentemente hay un producto que puede ser más seguro en algunas formas, menos seguro en otras maneras; más eficiente para algún trabajo, menos eficiente para otros; más costoso de alguna manera, menos costoso de otras. Incluso antes del hecho, las partes pueden encontrar difícil articular las razones que los condujeron directamente a ejecutar una alternativa en lugar de otra. Luego de que un daño ocurre, es muy fácil emitir opiniones adversas en el proceso completo y acusar a una empresa de tener una seguridad débil. Los patrones son tan maleables que un jurado podría defender cualquier veredicto, desde la ausencia de responsabilidad hasta el pago de daños punitivos, después de haber oído la misma evidencia.

Además, los veredictos inconsistentes de los jurados nunca necesitan ser reconciliados. Un jurado podría decidir que un ensamblaje más pesado es necesario para mantener la transmisión en su lugar, pero no considerará qué reducciones de peso compensatorias, de haber alguna, deberían hacerse en alguna otra parte. Otro jurado puede decidir que el tanque del combustible está ubicado muy cerca del compartimiento de pasajeros, pero no está obligado a reubicarlo o a establecer qué ajustes estructurales son necesarios si es reubicado. Las decisiones acerca de las transmisiones y los tanques de combustible nunca se examinan las unas en relación con las otras para ver si ambos cambios se pueden hacer simultáneamente. El efecto neto es imponer expectativas poco realistas en los fabricantes de automóviles. Hace alrededor de 15 años escuché a Charles Babcock, que en ese momento tenía a su cargo en General Motors los litigios por responsabilidad de producto, describir el «Babcockmobile» que él había construido para mostrar la imposibilidad de cumplir con las inconsistentes órdenes generadas por litigios de defectos de diseño. El vehículo compuesto incorporaba todas las características que un jurado u otro habían calificado como necesarias para mantener un auto fuera de la posibilidad de estar diseñado defectuosamente. El que había compuesto Babcock pesaba alrededor de una tonelada más que cualquier otro que en ese momento estuviera en la carretera y no podía moverse después de que se instalaron todas sus mejoras. Sin duda, este auto hubría fallado al tratar de cumplir otros patrones de seguridad y polución también. Si las decisiones en responsabilidad son diseñadas para proporcionar guías para los fabricantes, entonces seguramente que el sistema legal ha fallado en uno de sus objetivos esenciales.

La indeterminación del proceso tiene consecuencias adversas no solamente en la conducción de un caso particular sino en la operación total del sistema. ¿Qué es lo que se supone que una empresa haga con la información contenida en un veredicto adverso o favorable acerca de su producto? Si la decisión es favorable, no hay garantía de que un jurado diferente, viendo un daño distinto, no pueda llegar a una diferente conclusión. De cualquier manera, es probable que el veredicto sea emitido mucho tiempo después de que el producto haya sido discontinuado, víctima de la tecnología de avanzada y los patrones de diseño. Consecuentemente, ningún veredicto puede

informar a un fabricante acerca de las condiciones que deben cumplir sus nuevas líneas de productos, más allá de reiterarles lo que dicen por sí mismas las pruebas básicas para responsabilidad. ¿Qué incentivos beneficiosos se pueden producir por una señal tan confusa? Es mejor ignorar completamente la información, como rutinariamente se hace en la actualidad, pero entonces nada queda para los imponentes razonamientos de la ley actual.

El caso contra las modernas reglas legales de responsabilidad por productos defectuosos sería suficientemente fuerte si los únicos efectos adversos fueran en materia de litigación y de administración judicial. Sin embargo, los efectos no están confinados a tan estrecho espectro legal. El precio de su anticipada litigación es cargada frontalmente al costo de cualquier nuevo producto. En el extremo, estos costos pueden destruir el mercado de los nuevos productos, como ha sido el caso en los Estados Unidos con la venta de aviones pequeños. O los costos de la litigación potencial podrían demorar el advenimiento de innovaciones o podrían incrementar los costos de los productos que son vendidos. También aquí las consecuencias no son solo distributivas, pero afectan el nivel total de seguridad en el mercado. Si los nuevos aviones no son vendidos, los aviones viejos continuarán volando, llevando con ellos un nivel de seguridad más bajo que sus sustitutos nuevos. Sin embargo, irónicamente, el fabricante original puede ser capaz de mostrar que los productos más antiguos, aunque inferiores a los nuevos productos que no han sido fabricados, son todavía no defectuosos cuando son medidos por la prueba riesgo/utilidad aplicada a la fecha en que el producto fue colocado en primer momento en la corriente del comercio. O el fabricante podría mostrar que el equipo fue modificado fatalmente por un acondicionador subsecuentemente intermedio, quien ha salido hace largo tiempo del negocio. Al detener las innovaciones, el sistema legal aumenta la confianza en productos inferiores y quizá también aumenta la tasa total de accidentes. Una vez más, buenas intenciones producen malos resultados.

Podría responderse que tenemos que tolerar algunas debilidades de la práctica ordinaria de responsabilidad de producto porque la distinción de los defectos latentes/patentes no llega a todos los casos de información imperfecta al consumidor. Nadie puede dudar que la información imperfecta esté a la orden del día, con o sin información. Pero el asunto crítico es si los casos de información imperfecta se ven más como aquellos de no información o más como aquellos de información completa. Las generalizaciones en ese asunto son peligrosas, pero mi opinión es que la tasa inicial de adquisición de información es más alta de lo que uno supone. Al comprobar las referencias, un empleador aprende mucho de unas pocas llamadas telefónicas. Un observador con experiencia puede medir a varios jugadores muy rápidamente. Muchas impresiones en las entrevistas de empleo se obtienen en los primeros cinco minutos. Y si usted quiere saber, por ejemplo, qué hace a un automóvil seguro, su peso es una muy buena representación de seguridad total, como la mayor parte de los consumidores saben intuitivamente, aunque ignoren los conocimientos básicos de física.



Pero aun si hay un problema con la información imperfecta, deberíamos establecer los patrones por medio de la acción administrativa y revisarlos cuando sea apropiado, pero dándoles efectos conclusivos, justamente como podría hacerse con las advertencias. Esta modificación de la ley norteamericana reduciría la frecuencia y dificultad de los juicios, y estabilizaría las expectativas de los consumidores y fabricantes por igual. Sin embargo, esta circunstancia no ha ocurrido porque lo ahorrado no es compartido por los abogados que operan el sistema y trabajan diligentemente para demandantes y demandados por igual.

En suma, la experiencia americana con la ley de responsabilidad por productos defectuosos cambió para mal cuando los jueces y legisladores perdieron la fe en la habilidad de los consumidores para tratar competentemente con la mezcla y calidad de los productos ordinarios. Ya no es suficiente proveer a un consumidor de mucha información sobre un producto para que decida si lo usa, cómo lo usa o, si efectivamente pedirá más información antes de hacer esa decisión. Si así fuera, deberíamos esperar que el impacto de la ley de responsabilidad por productos defectuosos se contraiga incluso desde los pequeños niveles que tenía en el siglo diecinueve, pues el costo privado de transmitir información sobre la mayor parte de productos ha caído, no aumentado. El avance en tecnología no significa complejidad; frecuentemente significa simplicidad. Es más fácil girar una llave en la chapa de encendido que un cigüeñal en el motor; es más fácil operar mi amigable Macintosh que mi antigua máquina de escribir Underwood.

Sin embargo, esta oportunidad para contraer el alcance de la ley de responsabilidad ha sido desdeñada por los jueces y legisladores modernos, que le han dado un peso indebido a las inciertas decisiones técnicas y de negocios sobre temas en los que ellos son incompetentes. Pues aun con la reciente reducción de litigios, no ha habido reconocimiento de las erradas suposiciones sobre las que se apoya la moderna edificación. En lugar de velar por proveer información, la ley de responsabilidad por productos defectuosos busca gobernar la producción, pero siempre después del hecho y de una manera desordenada. En su rol anterior, la ley apoyó la operación del mercado ayudando a los actores del mercado a tomar decisiones informadas. En su encarnación moderna, la ley tiene poderosos orígenes y consecuencias contra el mercado. Las reglas están diseñadas para descartar las preferencias del consumidor y para permitir a los jueces y a los jurados asumir el rol de expertos en diseño y expertos en advertencias. Ellos no han sido buenos en su trabajo; tampoco nosotros podíamos esperar que lo fueran. Así nuevamente, las reglas complejas generan inferiores consecuencias distributivas.





## CAPÍTULO 13

### La vida interna de la empresa

EL ESTUDIO DEL DERECHO CORPORATIVO puede ser dividido convenientemente en dos partes. Una parte versa sobre las relaciones externas; debe responder cómo la corporación, tratada como una persona o como una entidad en sí misma, se relaciona con el resto del mundo. La segunda parte trata acerca de las relaciones internas; debe responder cómo la corporación y su usual reparto, sus miembros, sus accionistas, directores y empleados —y quizá acreedores— están conectados e interactúan.

Esta división es esencial para entender el propio alcance y función del derecho corporativo. El tema de las relaciones externas provoca el surgimiento de algunos problemas característicos que trataré en el siguiente capítulo. Pero, antes de examinar cómo una corporación se relaciona con el resto del mundo, primero debemos entender las reglas que deben usarse para facilitar su administración interna. En una primera visión panorámica, la tarea parece complicada porque el término «corporación» es usado para designar una enorme diversidad de asociaciones voluntarias que adoptan una forma legal simple. Algunas corporaciones son pequeños negocios familiares con unos pocos accionistas, muchos de los cuales trabajan como empleados en el negocio. Otras corporaciones están conformadas por un gran número de acciones que se negocian tanto públicamente como por individuos y por grandes inversionistas institucionales, tales como fondos de pensiones y fondos mutuos.

Esta diversidad en la composición de las entidades corporativas debe tener algo de cuidado en el perenne debate sobre su regulación. Dos corporaciones frecuentemente funcionan de manera muy diferente, aun cuando operen bajo idénticas formas legales. Un conjunto de normas puede ser inocuo para algunas de las empresas reguladas, pero es probable que sea nocivo para otras. ¿Qué beneficio justifica el costo de crear distintas regulaciones? Con el surgimiento de accionistas institucionales a tiempo completo y de gerentes con opción de compra de acciones, el número de fallas dentro de una corporación debería disminuir, así como la necesidad de una intervención por parte del Estado. La riqueza y variedad de los órganos societarios que operan dentro de una simple estructura corporativa son un signo de su propia vitalidad. Este hecho no es una razón para imponer límites a su uso. Peor aún, imponer distintas regulaciones

según las necesidades podría crear disparidades e injusticias que serían usadas en un «segundo mejor mundo» para justificar la siguiente ronda de regulación, y así en adelante. Es mucho mejor anticiparse a esa consecuencia adoptando un enfoque acertado al comienzo y moldeándolo de ahí en adelante.

En asuntos corporativos internos, ese buen enfoque solo requiere usar el patrón de las reglas de propiedad, contrato y responsabilidad civil extracontractual del *common law*, que han sido esquematizados en los capítulos previos.<sup>1</sup> Las redes de contratos simples son la clave del éxito para todos los esfuerzos cooperativos de larga duración. La propiedad conjunta, por ejemplo, requiere de contratos muy formales que expresen palabra por palabra cómo los propietarios van a tratar entre ellos asuntos como venta, alquiler, *leasing* y gravámenes sobre la propiedad. Los copropietarios también deben regular el uso y el acceso a la propiedad para cada propietario. Asimismo, deben especificar reglas que repartan los costos asociados con impuestos, reparaciones, mantenimiento y mejoras entre los mismos. Igualmente, todas las hoy populares formas de propiedad colectiva —condominios, cooperativas y asociaciones de propietarios— comenzaron como sistemas para la transferencia y propiedad de los intereses en tierras o construcciones.

Las corporaciones no son la excepción a esta regla. Una vez que se han establecido los aportes iniciales de cada individuo, las reglas del contrato permiten su interminable recombinación bajo el principio conductor del mutuo beneficio. La relación entre los accionistas, miembros y acreedores, cada uno con un distinto papel que desempeñar en una empresa conjunta, es establecida por una red de acuerdos que no conoce limitaciones externas ni controles. Si el conjunto inicial de derechos marca una mejora en términos paretianos sobre el previo estado de los asuntos (un estado en el que al menos una de las partes esté mejor, y ninguna parte esté peor), entonces así lo harán los subsecuentes contratos que haga la corporación. Desde un punto de vista distante, podríamos no saber cuál conjunto de términos es el óptimo hasta que la empresa comience a operar, pero podemos aprender qué significan para esta al observar la forma en que dicho proceso se desenvuelve.

Dentro del escenario interno de la corporación, las normas de contratación tienen dos funciones reconocidas. La primera es proteger el proceso de contratación contra la «contaminación» por causas provenientes del poder, el fraude o la incompetencia. La segunda función es establecer las características de las reglas supletorias para transacciones empresariales y dejar a las partes libres para escoger cualquier distribución asimétrica del control, uso y costo que ellas quieran, ya sea por acuerdos conscientes y

---

<sup>1</sup> Para un debate extenso sobre esta proposición, véase «Symposium: Contractual Freedom in Corporate Law». *Columbia Law Review*, vol. 89, 1989, p. 395.



detallados o por una asimilación de prácticas habituales que se vuelvan costumbre a medida que avance el tiempo. Cuando algunos miembros de una empresa aportan diferentes montos y clases de trabajo y de capital, la corporación puede no funcionar adecuadamente con una simple clase de acciones comunes, pero puede emitir acciones sin derecho a voto, certificados de suscripción preferente, opciones e instrumentos de deuda de varias clases y niveles de maduración. Los miembros de una empresa tendrán que preguntarse si los incentivos mejorados que se generan, por ejemplo, por una nueva clase de certificados de acciones preferenciales, valen la discusión administrativa que ello ocasiona. Ya que este punto no tiene una respuesta única, la ley debería facilitar, no prohibir, varios tipos de transacciones. El Estado nunca debería imponer a las partes ningún régimen obligatorio, aun si posee el consentimiento unánime de las partes.<sup>2</sup>

Sin embargo, todas las organizaciones en marcha deben confrontar su desconocimiento parcial sobre eventos futuros. Una respuesta a la incertidumbre es simplemente vender los activos que se cree que tienen un riesgo en el futuro. Aun cuando dicha respuesta cambie el tema de la incertidumbre entre las partes, no la eliminará. Todo lo que puede inferirse del hecho del cambio es la habilidad del comprador para responder de manera anticipada frente a las dificultades que se puedan presentar. La interrogante aún permanece en lo que respecta a qué conductas debería realizar cualquier comprador o vendedor para conservar la propiedad transferida. Acerca de este punto, es claro que los documentos que transfieren la propiedad frecuentemente tienen responsabilidades duales: la antigua proveniente del título de transferencia y la nueva que actúa como parte de la conducta cooperativa de gobierno. En consecuencia, la compra de una unidad de un condominio, o de una cooperativa, compromete al propietario a una elaborada estructura de gobierno corporativo cuya función es responder a la incertidumbre futura. En este punto, las preguntas cruciales no son respecto de los títulos sobre el terreno o los apartamentos, sino del gobierno de los asuntos que están en marcha, de forma que la cooperativa o la corporación tendrá que enfrentar todos los problemas que existen en una democracia política. La teoría del gobierno representativo permite que algunas decisiones perduren en el tiempo, de tal manera se tomen sobre la base de una información más confiable. Sin embargo, por la misma razón, la delegación resultante solo es posible mediante el abandono del ideal de consentimiento unánime para todas las decisiones sustantivas.

La misma expresión del tema muestra que el problema del gobierno corporativo frecuentemente es paralelo a los problemas del gobierno político. Sería un grave error asumir que la magnitud de los problemas corporativos sea necesariamente igual a la

---

<sup>2</sup> EASTERBROOK, Frank H. y Daniel R. FISCHEL. *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, capítulo 1.

magnitud de aquellos que enfrentan los organismos políticos. La política está organizada en un principio territorial, en el que el Estado tiene un monopolio de fuerza sobre todos los que viven dentro de su jurisdicción. Excepto en el caso de inmigración, el Estado no puede seleccionar algunas personas como ciudadanos y rechazar a otras. El Estado tiene una obligación con todas las personas nacidas dentro de su territorio, con aquellos cuyos padres son ciudadanos o con ambos. La falta de sustento consensual significa que la estructura de gobierno tiene que salvar la brecha entre los individuos cuyas inclinaciones se dirigen hacia el conflicto y no hacia la cooperación. Los antagonismos entre grupos rivales crean prospectos de genuino abuso y deben incluirse extensas salvaguardas en toda Constitución que busque tejer un patrón entre los riesgos de parálisis del gobierno y el dominio de la mayoría. Aun en un sistema federalista que permite a los individuos libertad de movimientos a través de las fronteras del Estado, su salida no los protege de la expropiación de activos tales como terrenos o licencias para negocios, las que no pueden ser transportados a través de las fronteras del Estado. Mientras menos viable sea la opción de salida, tendrán que inventarse mecanismos de seguridad más elaborados.

Problemas similares mortifican a cualquier organización privada, pero con menor intensidad porque las corporaciones poseen poderosas ventajas estructurales sobre sus contrapartes gubernamentales. A diferencia del Estado, una corporación no es una organización con poder político total sobre sus accionistas. Para que cualquier ciudadano pueda escapar del control del Estado, es necesario salir de su territorio y renunciar a su ciudadanía. Pero para que un accionista deje la corporación, solo es necesario vender o disponer de otra manera las acciones. El accionista no necesita sacrificar activos propios ni ventaja alguna con el objetivo de cortar vínculos con la empresa. Adicionalmente, una corporación tiene el poder de seleccionar a sus accionistas. El poder de inclusión y exclusión puede (o por lo menos debería poder) ser absoluto; sin embargo, como con el contrato privado, aquellos que lo poseen no tienen la posibilidad de ejercerlo caprichosamente. En lugar de ello, la meta será juntar particulares cuyos objetivos financieros y de negocios sean relativamente congruentes a fin de minimizar la probabilidad y severidad de los inevitables conflictos que surgirán a lo largo del camino.

Consecuentemente, este poder contractual de selección permite a la corporación obtener el consentimiento unánime de todos los accionistas al momento de la formación del negocio. En este contexto, cada persona que adquiere un interés en la empresa la valorizará, al momento de la compra, más que la propiedad o el dinero pagado para adquirir ese interés. Con el fin de obtener ese consentimiento unánime, el nuevo arreglo debe ser, en términos paretianos, superior al de la situación previa: cada uno está por lo menos tan bien como antes, y alguno o (como es más probable aquí) cada uno está mejor que antes. Ninguna Constitución estatal o nacional tiene probabilidad de satisfacer esta exacta condición para todos sus ciudadanos.



La interrogante es la siguiente: ¿qué forma de contrato debería ser adoptada por acuerdo unánime? La mayoría conoce las diferencias entre los contratos y la relación continua. Aquellos, ejemplificados por la venta al contado, contemplan un cambio inmediato, después del cual las partes toman caminos separados. Una participación o riesgo corporativo hace surgir una idea mental, no del cambio de una vez por todas sino de una relación que continúa, en la cual el beneficio de cada parte es dependiente de las acciones de las otras. Entonces, ¿cómo deberían las partes estructurar su relación para evitar abusos en el futuro?

Comencemos con un ejemplo simple, esto es, con empresas que tienen solo dos socios. A partir de eso, podemos tratar de encontrar qué ocurrirá cuando estén presentes tres o más participantes. El vacío entre dos y tres es mucho mayor que un simple número. En términos teóricos, en la situación de dos partes, la mayor dificultad es la difícil negociación entre ambas. Es imposible para los participantes formar coaliciones. Pero, con tres o más participantes, las coaliciones son posibles y, en un juego de tres participantes, una alianza de dos contra uno es insostenible si todas las decisiones son tomadas por la regla de la mayoría. Otras salvaguardas más allá del voto tendrán que ser incorporadas en el arreglo corporativo, y estas provisiones protectoras pueden volverse progresivamente más complejas, conforme aumente el número de accionistas.

En la relación de dos partes hay un perfecto conocimiento de que cualquier dispositivo contractual que sea creado se tornará imperfecto en el futuro. Para plantear el problema en su forma más genérica, las partes tendrán que preocuparse acerca del problema de la renegociación. Consideremos cualquier arreglo hecho entre ambas. A pesar de que fue óptimo cuando se presentó originalmente, la transacción en su forma inicial se vuelve ineficiente debido al cambio de las circunstancias externas (nuevas oportunidades, enfermedad, cambios en las leyes de impuestos, fallecimiento de un accionista o cualquier otra razón). Como las circunstancias cambian, los accionistas originales (o sus sucesores en la asignación de titularidades) pueden tener diferente actitud ante los riesgos, diferentes niveles de riqueza o habilidades que se aporten a la empresa. Lo que una vez se intentó no funcionó o funcionó demasiado bien.

Si las partes tuvieran un perfecto conocimiento, los términos de la renegociación podrían seguir el plan original, pero precisamente porque el futuro desafía el pronóstico, una regla óptima de renegociación es difícil de inventar. Aun hablando en forma general, dos estrategias son posibles. La estrategia número uno permite la modificación del contrato original solamente con el consentimiento de cada participante: dos personas en la situación más simple, y más personas conforme vayamos expandiendo el número de accionistas en la corporación. La estrategia número dos permite a un grupo (digamos a una mayoría de accionistas con voto) alterar la estructura del trato sin requerir el consentimiento de los accionistas restantes, pero *solamente si* no dejan a aquellos fuera del grupo dominante peor de lo que estaban antes de que el cambio propuesto haya sido implementado. En el lenguaje de las normas contractuales. En



segunda posición permite al grupo dominante crear unilateralmente una brecha (o más precisamente transformar) en el contrato, siempre que compense a los accionistas restantes la expectativa completa de daños, es decir, un monto de dinero proporcional al valor del que la minoría de accionistas tuvo antes de que se realizara la renegociación. La diferencia entre los dos enfoques descansa en la selección del remedio: o una orden judicial contra los cambios en primer lugar —salvo que los activos de los accionistas que quedaron fuera sean comprados a un precio mutuamente acordado— o que los daños sean evaluados por fórmula. El asunto recae en la quinta regla simple: ¿permite el contrato compras forzadas bajo el pago de justa compensación o no? Como en el caso general, la selección de la regla depende de la severidad en la duración de la resistencia y del problema de la expropiación. Algunos casos muestran cuán difundidos son estos asuntos en el contexto corporativo.

## VOTACIÓN

La primera tarea de cualquier organización es seleccionar sus reglas de votación. Una posibilidad es insistir en que todas las decisiones subsecuentes deben ser tomadas por consentimiento unánime. No muchas corporaciones, sin importar su tamaño, podrían sobrevivir al concomitante riesgo de parálisis. A este nivel, el riesgo de resistencia predomina sobre el de la expropiación. La necesidad de una acción rápida en la fuerza de la información actual requiere la delegación de poderes, los que pueden ser usados sabia o erróneamente.

Otra posibilidad es una votación por mayoría simple, una regla de un voto por acción. Pero ¿es ese sistema suficiente para establecer un mecanismo de control adecuado para la empresa? A un nivel, la respuesta es claramente negativa, dado el riesgo de la expropiación de la minoría por parte de la mayoría. Una regla simple que diga que todas las acciones de una clase dada tienen derecho a los mismos dividendos y ventas representa una regla reforzada de la formación corporativa, que durante largo tiempo va a calmar los temores de mal uso. De manera similar, los sistemas de votos acumulativos pueden dar a la minoría de accionistas algunos asientos en el directorio, en el que su sola presencia podrá contrarrestar efectivamente los apetitos de la mayoría. Sin embargo, aun estas reglas podrían no proveer salvaguardas adecuadas con respecto a ciertas grandes transacciones de la corporación, tales como la venta de una división mayor o una fusión con otra empresa. En estos casos, algunas, pero no todas las empresas, podrían desear llevar el asunto para su aprobación directa por los accionistas (incluso por una gran mayoría) en cualquiera de las bases de consulta u obligatoriedad. No es asunto fácil encontrar las reglas óptimas de votación, porque la selección exitosa no depende solamente de la estructura de capital de la empresa sino, también, de la distribución de la propiedad de las acciones dentro de la empresa.

## RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES

Un segundo problema que requiere una respuesta contractual se refiere a la responsabilidad de los miembros del directorio por malas conductas en su gestión. Los directores forman un cúmulo de buenas y malas decisiones. Una regla ideal de decisiones es una que maximice las ganancias por las buenas decisiones y que limite las pérdidas por las malas decisiones. Las reglas posibles son familiares: los directores pueden ser considerados estrictamente responsables por las malas decisiones; pueden ser vistos como responsables por decisiones equivocadas hechas por negligencia, pero no de otra manera; o pueden ser considerados responsables solamente por negligencia patente, imprudencia o fraude deliberado. ¿Qué regla debe ser seleccionada y por qué?

Si la única meta de las reglas legales fuera compensar por las pérdidas equivocadas después de los hechos, la selección de la regla debería ser por estricta responsabilidad. Y es esta regla la primera en funcionar. Ningún director podría trabajar bajo una regla que permita a los accionistas conservar los beneficios de todas las decisiones y que fuerce a los directores a compensarlos por los malos resultados. Nadie triunfa siempre: el director que hizo el mejor trabajo posible puede ser fácilmente eliminado por el costo de una sola decisión equivocada. Una regla básica de no responsabilidad por decisiones erróneas trata las ganancias por las buenas decisiones como compensación de los accionistas por las pérdidas que has sido causadas por malas decisiones.

Para ilustrar el punto, supongamos que un director toma cien decisiones: noventa correctas, nueve incorrectas pero cuidadosamente tomadas, y una incorrecta y tomada con negligencia. Asumamos que cada decisión vale 1 millón de dólares. Una regla de estricta responsabilidad requiere que el director consciente pague 10 millones de dólares en daños, aunque él ha provisto a los accionistas con 90 millones de dólares en beneficios. La regla de no responsabilidad evita una excesiva disuasión, ya que elimina todos los pagos. Pero qué hay de un enfoque más fino en la forma de responsabilidad por negligencia: una responsabilidad por un millón de dólares no es astronómica; es simplemente muy severa. Nadie tomará la posición sin una cobertura de seguro por pérdidas de un millón de dólares, más los costos de litigación y los veredictos erróneos. De este modo, la necesidad de inducir a individuos responsables a convertirse en directores colisiona una vez más con la regla de completa responsabilidad por conducta negligente.

El caso más difícil es aquel que se deriva de una deliberada mala acción o, su más cercano pariente, la imprudencia. Si todos esos casos pudieran ser identificados y sancionados sin error, ¿por qué no imponer responsabilidad por robo a la corporación o abandono del deber? Nuevamente, el riesgo de determinaciones erróneas tiene que ser encarado y, con él, los incentivos que llevarán a las personas adecuadas lejos de esas directivas. La prudencia puede exigir la protección contractual contra

procesos judiciales, unida a otras sanciones, tales como despidos o multas, en contra de mala conducta corporativa. Dichos esfuerzos para abrir ligeramente la puerta a los reclamos por malicia y fraude no han sido exitosos: los abogados hábiles son maestros en inferir fraude y malicia aun cuando ninguno exista.<sup>3</sup>

Una vez más las obvias dificultades acentúan la necesidad de soluciones contractuales. Además de especificar los terrenos en los cuales los directores pueden ser considerados como responsables, los contratos pueden especificar la extensión de la responsabilidad del director para con los accionistas agraviados y la naturaleza y alcance de la cobertura del seguro disponible para ellos. Ningún sistema de responsabilidad elimina todas las posibilidades de mal uso, y los litigios probablemente van a producirse cuando los contratos funcionan de manera ineficiente después de ocurridos los hechos. Pero lo positivo de una provisión contractual no se determina solamente mirando los casos que desafían su validez. También es necesario tener en consideración los casos en los que esas provisiones contractuales sean tan exitosas que nunca tengan que ser probadas. No se debería requerir de ninguna empresa que exonere a los directores de amenaza de juicio por parte de los accionistas agraviados. Sin embargo, la mayoría de empresas encontrarán que debe adoptarse otro sistema de control de directores para manejar los problemas recurrentes de negligencia o mal uso.

## INSIDER TRADING

El mismo análisis general de libertad contractual se aplica para el *insider trading*, el que, con cada nueva revelación de conductas impropias, continúa dominando las historias populares de acciones corporativas mal llevadas. Sin embargo, en este análisis, no hay razón suficiente para avalar ninguna prohibición pública contra el *insider trading*, a pesar de la afirmación común de que es necesaria la vigilancia pública para asegurar la confianza en los mercados de valores, para evitar los fraudes en el mercado y para permitir que un campo de juego nivelado emerja entre grandes y pequeños accionistas de empresas corporativas.<sup>4</sup>

Para ver por qué la regulación es inapropiada, regresemos al comienzo de la vida corporativa y examinemos las alternativas que los promotores de la corporación

---

<sup>3</sup> Problemas similares surgen con temas de inmunidad oficial para empleados de gobierno. Para la antigua regla de inmunidad absoluta, véase *Barr v. Matteo*, 360 U.S. 564 (1959); para las dificultades de una excepción limitada a la regla básica, véase *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800 (1982).

<sup>4</sup> Véase CARLTON, Dennis y Daniel R. FISCHER, «The Regulation of Insider Trading». *Stanford Law Review*, vol. 25, 1983, p. 857; EASTERBROOK, Frank H. «Insider Trading as an Agency Problem». En John W. Pratt y Richard J. Zeckhauser (eds.) *Principals and Agents: The Structure of Business*, 1985, pp. 81 y ss; y MANNE, Henry G. *Insider Trading and the Stock Market*, 1966.



encararon al establecer los términos y condiciones en la venta de acciones, sea en oferta pública o privada. Para maximizar sus ingresos, los promotores deben responder a dos fuerzas opuestas. Primero, ellos quieren recibir lo más que puedan por acción del negocio vendido, incluyendo las ventajas del *insider trading*. Pero mientras más favorable sea el arreglo que logren para ellos en el exterior, menos atractivo tendrán las acciones para las personas que están fuera de la corporación y más bajo será el precio por acción que se obtenga. Los promotores en adelante deben maximizar (la suma de) los ingresos inmediatos y la libertad a largo plazo. Al momento de la oferta inicial, no hay conflicto entre los términos ideales del promotor y de los accionistas. Los ajustes en el precio pueden reflejar los riesgos residuales involucrados en esas acciones negociadas.

En este panorama, hay poca razón para recurrir a la regulación pública para proteger del *insider trading* a los accionistas. Cualquier protección que ellos deseen puede incluirse en el contrato original de venta. Ese contrato podría requerir a los directores y a la gerencia mostrar por adelantado todos los negocios en acciones de la corporación; esto podría permitirles hacer ventas limitadas y solamente en ciertas ocasiones o podría prohibir al equipo gerencial permitir que sus tenencias en acciones de la corporación caigan por debajo de algún monto específico.

Tampoco hay razón alguna para asumir que el *insider trading* estará permitido rutinariamente. Los gerentes de las corporaciones comúnmente revelan información sensible a sus abogados, agentes en banca de inversión e impresores, en el entendido de que ellos (o sus firmas) no negocian con eso. ¿Por qué permitir a alguien que se beneficie de las utilidades creadas por otros? El mal uso de la información interna está, en consecuencia, bloqueado por un arreglo privado. Y la mayor parte de firmas de abogados e impresores desean encontrar a sus clientes a más de la mitad del camino, adoptando reglas internas que prohíben todas las formas de negociación individual de acciones por parte de sus miembros. Las casas de inversiones obviamente deben hacer arreglos acondicionados más cuidadosos.

Un argumento similar podría hacerse contra el uso de información interna por parte de los miembros y directores de la empresa. Simplemente, los accionistas no desean compensar a sus directores autorizándolos a usar información interna para beneficio personal. En forma general, la compensación de las personas internas de la corporación está dirigida al valor de los servicios que ellos prestaron y sería extraño (o algo así se podría argüir) que el monto de compensación otorgado a un miembro de la empresa dependa del tamaño de su capital y de su voluntad de hacer grandes apuestas sobre la base de la fuerza de una imperfecta información interna. Los accionistas pueden preferir que sus miembros y directores no negocien con la información interna que ellos poseen, pero ello no ocurre necesariamente. ¿Quién está afectado por el uso de la información interna? En parte, la respuesta puede depender de la clase de información que manejan los miembros de la empresa. Si la información apunta hacia un incremento en el valor de la acción, aquellos que venden cuando los miembros de la

empresa compran pueden bien ser perjudicados por sus acciones. No obstante, si una exhibición en el acta de incorporación informa a todos sobre el derecho y advierte a los accionistas a tomar quizá una medida adicional de cuidado antes de vender, ¿quién puede objetarlo?

El *insider trading* debería ser considerado legal como un tema dado por supuesto y no solamente porque todos los negociadores están advertidos anticipadamente, es probable que ejecuten algunas funciones útiles también. Como consecuencia, supongamos que una empresa está comprometida en ciertas transacciones delicadas. Exhibir la información transaccional específica al público puede bien aumentar el peligro para la empresa. Por ejemplo, si la empresa está entrando en una negociación sensible para comprar las acciones de una corporación pequeña, la exhibición pública del objetivo podría atraer a otros postores al mercado y, por ende, reducir las posibilidades de éxito. Cuando las personas que forman parte de la empresa compran acciones de la empresa, señalan al mercado los prospectos favorables de la empresa. Si la negociación incorpora precios de acciones más cercanos a su verdadero valor, el mercado debe ser más y no menos eficiente para beneficio tanto de las personas de la empresa como de los de fuera.

Sin embargo, ¿qué ocurre en el caso de una venta por parte de los miembros de la empresa? Algunos de los mismos argumentos se aplican en contrario. Supongamos que una potencial demanda judicial contra la empresa tiene una posibilidad seria de éxito. Si los directores de la corporación expresan en gran detalle las razones por las que ellos temen el proceso, podrían aumentar el riesgo dando a sus adversarios información crucial. Vendiendo acciones, las personas que forman parte de la empresa pueden comunicar sus preocupaciones al mercado sin señalar la fuente de su preocupación. No obstante, la venta de acciones está limitada en una forma diferente a la de comprarlas: las personas que conforman la empresa y que venden muchas acciones pueden perder el control de la empresa y, a partir de eso, exponer al peligro su propia situación interna.

Todos estos ejemplos destacan una importante ambigüedad en la ética de la exhibición de información que fácilmente se pasa por alto en las discusiones de la negociación interna. La apertura de información es un arma de doble filo. Un filo da a los negociadores mejor información acerca de la empresa, de tal manera que el precio converge más rápidamente con el valor subyacente. Pero el otro filo, simultáneamente, reduce el valor de la empresa ofreciendo, libre de cargo, la misma información valiosa a las personas exteriores hostiles. Si el daño que esta información puede infligir a los accionistas es mayor que el beneficio que puede conferir, es mejor para las personas que forman la corporación permanecer en silencio, así como las agencias de inteligencia permanecen en silencio aunque el público tenga un legítimo interés erróneo. El *insider trading* es, consecuentemente, una forma de comunicación privada por la



cual los accionistas pueden descubrir cambios en los prospectos de la empresa sin ser dañados como con la apertura de información a otros.

Si esta o cualquier otra ventaja para el *insider trading* excede sus costos, origina una pregunta difícil que no admite respuesta categórica. Dadas las dificultades para evaluar con precisión las prácticas comunes, la aprehendida lección de cuidado sale adelante una vez más. El reforzamiento de las leyes sobre el *insider trading* no es una tarea pequeña. El Estado debe mantener un sistema elaborado de observación y cuidado de la negociación de acciones para detectar cualquier patrón o nivel de actividades inusual. Aun la actividad por sí misma podría no ser evidencia del *insider trading*, porque cualquiera puede investigar las operaciones de una corporación y su mercado, y comprar o vender en grandes cantidades en la expectativa de un cambio radical en el destino de la corporación. Es exactamente mediante esa evaluación privada de la información que los mercados permanecen eficientes. Es necesario que los investigadores gubernamentales eliminen a los negociadores que no hayan burlado las leyes de este tema, un objeto que requiere de una observación muy exhaustiva de actividad inusual. A partir de esto viene el gasto significativo en el refuerzo de las acciones y el espectáculo de procesos penales contra la gente que ha atacado al sistema. El *insider trading* impone también pesados costos en las empresas, que tienen que supervisar a sus propios empleados para cumplir con la ley. Mientras el total de gastos administrativos asciende, es fácil perder de vista la distinción de los asuntos: la diferencia entre aquellos que adquieren información interna en violación de las reglas de la compañía y aquellos que no.

La presente disposición sobre responsabilidades civiles y penales expandidas tiene un vicio adicional: ignora los varios remedios de autoayuda disponibles cuando la negociación interna es legal. En primera instancia, parece claro que las empresas tienen que revelar si planean o no tolerar esa práctica; y aquellas que no lo hacen, pueden establecer las sanciones internas que decidan contra dicha exhibición (incluyendo restauración de utilidades, imposición de penalidades, recuperación de gastos de litigio y remanentes de la empresa). Una vez advertidos, los inversionistas podrán invertir en otro sitio y justamente abstenerse de una oportunidad ofrecida. Alternativamente, podrían invertir en fondos mutuos manejados por expertos negociadores que pueden tratar de tomar ventaja del *insider trading* o adoptar una estrategia de compra y englobar una cartera diversificada, tal como un fondo de índice de acciones, para llevar un conjunto particular de acciones hacia abajo o hacia arriba sobre la fuerza del *insider trading*. Pocas personas de la empresa querrán invertir en acciones que tengan una expectativa de valores negativos, de tal manera que, a lo largo del manejo de la estrategia de compra y espera, habría retornos positivos con un mínimo de gastos en supervisión y personal. Pero cualesquiera que sean las respuestas privadas, el caso para regulación compleja es ciertamente débil.



## TRANSACCIONES DE CONCENTRACIÓN DE PROPIEDAD

La elección entre reglas que combaten la resistencia y aquellas que combaten la expropiación también se presenta en las denominadas transacciones de concentración de propiedad, en el que un grupo de gerentes internos que tiene algunas acciones en la empresa desea adquirir acciones extraordinarias que están en poder de gente de fuera de su círculo.<sup>5</sup> Su razón para hacerlo es bastante simple. Ellos creen que tienen la experiencia para desarrollar la empresa de acuerdo con ciertos lineamientos y no desean compartir esas ganancias con accionistas pasivos que no tienen nada que contribuir con el negocio y que pueden obstaculizar el camino de su éxito. En el régimen de consenso unánime, la empresa solo puede volverse privada si todos los accionistas lo acuerdan, con lo cual habrá ganancias a partir de una exitosa renegociación. Lo que se desconoce es la fracción de las ganancias que cada accionista obtendrá. Sin embargo, adoptar esta estrategia desde el inicio tiene una verdadera desventaja. Las partes gastarán recursos sustanciales para obtener el mejor porcentaje de los excedentes y podrían llegar a una desavenencia tal que no se pacte ningún trato. Los costos de transacción bajo esta estructura legal son muy altos y tienden a multiplicarse rápidamente conforme al aumento del número de participantes. La estructura que puede funcionar para dos accionistas puede ser totalmente inapropiada para una empresa con cien accionistas.

Pero hay un segundo enfoque. En él, los ganadores serán capaces de forzar el cambio y conservar todas las ganancias para ellos mismos. Esa situación surge justamente cuando las personas que forman parte de la empresa (si ellos dominan la mayoría de las acciones) pueden invocar una solución parcial que en principio fuerce a la minoría de accionistas a entregar sus acciones a cambio del valor anterior a la oferta, tomando así ventaja ante cualquier problema de resistencia a la venta. En la práctica, las fricciones del proceso pueden permitir a la facción dominante hacer un trato mejor, y dejar a la minoría de accionistas en una situación peor a la que tuvieran de haberse hecho algo. Mientras este resultado funciona de maravilla para los ganadores después de la reestructuración, no sirve para sus intereses iniciales de largo plazo, porque las personas están muy lejos de querer invertir en negocios cuyas ganancias pueden ser abruptamente arrebatadas mediante un procedimiento sobre el cual no tienen control. Sin embargo, y de modo similar, las partes deberían tener reservas acerca de requerir una renegociación para cualquier reestructuración corporativa. Si las partes anticipan un bloqueo cuando tengan que hacerse decisiones futuras, entonces estarán también menos deseosos de invertir en el negocio.

---

<sup>5</sup> Véase BRUDNEY, Victor y Marvin A. CHIRELSTEIN. «A Restatement of Corporate Freezeouts». *Yale Law Journal*, vol. 87, 1978, p. 1354; y EASTERBROOK, Franz y Daniel R. FISCHER. *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, capítulo 6, que enfatiza los efectos *ex ante* de los remedios *ex post*.

El tema central aquí es, simplemente, ¿cuál de las dos estrategias debería adoptarse para manejar el problema de la renegociación? La respuesta puede darse en una simple frase: no hay solución predominante, es decir, una solución que sea necesariamente buena para todas las corporaciones en todas las circunstancias. No es posible establecer categóricamente si los problemas con la negociación bajo un escenario de consentimiento unánime son más severos que los problemas con la explotación bajo una compra forzada. Tampoco podemos descartar la posibilidad de que algún tercer enfoque para el problema de la renegociación sea mejor que cualquiera de estos enfoques modelo. (Sería posible establecer una compra forzada a 110 por ciento de la valorización que divide el excedente, pero evita cualquier compra en la que las ganancias sean menores del 10 por ciento). Los socios de las empresas individuales tienen que hacer estimados inteligentes acerca de cuál enfoque puede ser el mejor para ellos.

La respuesta correcta depende entonces del tamaño relativo de los costos de transacción para las dos (o más) soluciones alternativas. El número de accionistas, la distribución de sus tenencias de acciones, sus relaciones interpersonales, sus riquezas generales, sus actitudes frente a los riesgos y mil otras variables son relevantes aun si son difíciles de identificar y de cuantificar. En algunos escenarios, los accionistas pueden renegociar para asegurar una distribución prorrateada de la ganancia. En otros casos, pueden apoyarse en una compra forzada para incrementar la probabilidad de que se necesite una reestructuración corporativa. Así, nuevamente la moral es clara. No hay regla por defecto pasible que funcione bien, aunque los remedios de apreciación hayan tomado control. Precisamente debido a nuestra ignorancia colectiva, las soluciones predominantes deberían ser contractuales. Se le puede pedir a directores independientes que opinen acerca de lo adecuado de las ofertas o pueden solicitarse ofertas exteriores. Sin importar de qué hecho se trate, no se puede alcanzar la perfección dada la dificultad al momento de organizar el control de las transacciones corporativas en situaciones altamente inciertas.

## OFERTAS PARA LA TOMA DE CONTROL

También son cruciales los problemas de negociación cuando se hace ofertas para adquirir las acciones de una corporación pública para su toma de control.<sup>6</sup> ¿Qué clase de

---

<sup>6</sup> La literatura acerca de ofertas para toma de control es enorme. Véase EASTERBROOK, Franz y Daniel R. FISCHEL. *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, capítulo 7 (sobre pasividad); BEBCHUCK, Lucian Ayre. «Toward Undistorted Choice and Equal Treatment in Corporate Takeovers». *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, p. 1695 (que favorece los remates); HADDOCK, David D.; Jonathan R. MACEY y Fred S. MCCHESENEY. «Property Rights in Assets and Resistance to Tender Offers». *Virginia Law Review*, vol. 73, 1987, p. 701 (sobre resistencia de la gerencia); y SCHWARTZ, Alan. «The Fairness of Tender Offers in Utilitarian Theory». *Journal of Legal Studies*, vol. 17, 1988, p. 165 (sobre pasividad).

régimen deberían adoptar los accionistas de una corporación para responder a una persona de fuera que desee pagar un atractivo sobreprecio en una oferta por todas o una parte sustancial de las acciones de esa corporación?

Una posibilidad es negar a los accionistas individuales el derecho particular de pagar o retener acciones. Esta posición niega a los accionistas su derecho normal de enajenación sin la aprobación de sus socios, una condición indispensable para un mercado organizado. Pero la justificación para restringir la selección individual es permitir a los accionistas de esa empresa a obtener todo a un precio más alto, negociando como si se tratase con un postor externo. Tal como el dueño de casa ordinario no necesita aceptar la primera oferta que aparece en su camino, así el accionista ordinario no necesita mostrar prisa por vender. Si todos los accionistas son forzados a suspender sus derechos individuales de venta, la persona exterior a la empresa no tendrá posibilidad de ir eliminando uno por uno a los accionistas, sino que tendrá que negociar con ellos palmo a palmo, como si ellos fueran un solo propietario, representado por su gerencia, que puede conducir luego a una «subasta» para obtener el precio más alto de los postores que compiten.

Aunque esta alternativa de remate corre el riesgo de anticiparse a ofertas atractivas, el hecho de tener que enfrentar resistencia concertada y organizada puede atemorizar a algunos postores de entrar en la lucha por el primer lugar. De ahí surge la necesidad de una regla por la cual la gerencia de la empresa permanezca pasiva a la vista de los postores exteriores. Ese enfoque puede estimular ofertas, porque el oferente puede contar con pagar un precio más bajo, haciendo una oferta acertada a un sobreprecio pequeño que los accionistas deben aceptar rápidamente y sin coordinación. Los accionistas postores ceden algo en el precio con el fin de aumentar la posibilidad de conseguir una buena oferta. Incluso, en este caso, los accionistas tienen protecciones poderosas, porque muchos accionistas de corporaciones públicas han adoptado estrategias de compra y retención por las cuales ignoran las fluctuaciones diarias en el precio del mercado y venden solo si alguna necesidad personal o de impuestos les requiere reevaluar su posición.<sup>7</sup> Ellos acumulan enormes ganancias reales a partir de manejarse libremente apoyados en la sabiduría de otros. Un sobreprecio atractivo sobre el precio del mercado será normalmente necesario para despertar a estos accionistas de su sueño y, así, tanto ellos como los negociadores activos podrán ser capaces de fijar un sobreprecio sustancial a partir de una oferta de venta para la toma de control, incluso si se requiere que su gerencia permanezca pasiva. La evidencia empírica indica claramente que los accionistas de la corporación adquirida generalmente hacen las cosas mejor que los accionistas de la corporación adquiriente y ganan, en promedio, un retorno de

---

<sup>7</sup> COHEN, Lloyd R. «Why Tender Offers? The Efficient Market Hypothesis, the Supply of Stock, and Signaling». *Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1990, p. 113.



50 por ciento, mientras que los accionistas de la corporación adquiriente se ubican alrededor del punto de equilibrio.<sup>8</sup>

Adicionalmente, la estrategia pasiva evitará que la gerencia abuse de su poder para conducir el remate y de asegurar su posición dentro de la empresa. Si una razón para la oferta de venta es que la actual gerencia no responde a los nuevos desarrollos de la industria o es extremadamente conservadora y aferrada a sus políticas, los accionistas no desearán confiar sus bienes a este grupo. El conflicto de intereses entre los accionistas, quienes desean maximizar utilidades y avanzar, y los gerentes que desean salarios altos y bonos adicionales es muy grande para ser ignorado. La demora es una estrategia que la gerencia podría adoptar y esto podría conducir al rechazo de ofertas deseables. Pero es también posible para la gerencia adoptar otras estrategias que son incluso más destructivas, como vender porciones clave de la empresa, declarar la mezcla de activos de la firma no atractiva para el adquiriente o cargar a la empresa con montos prohibitivos de deudas. Alternativamente, la empresa podría lanzar una oferta de venta por alguna de sus propias acciones, excepto quizá aquellas ya adquiridas por la firma postora.<sup>9</sup>

Como en todas las situaciones de negociación, el argumento para la pasividad no es decisivo. Si la gerencia ha trabajado mucho y de manera efectiva para crear una situación deseable, una venta rápida por parte de los accionistas resultará en una explotación hacia la dirección opuesta: la de las ganancias anticipadas en razón de la excelencia del órgano gerencial por parte de los oportunos accionistas adquirientes. En este escenario, el control gerencial es el antídoto contra el mal uso, no su fuente. Dada esta posibilidad, deberíamos quizá mirar con mucha más preferencia al «paracaídas dorado» —los pagos contingentes por venta exitosa— para miembros clave del equipo gerencial. Esto representa una manera de contratar gerentes capaces en primera instancia; asegurándoles un pago alto por sus esfuerzos, se haya vendido o no la empresa. Esta medida ayuda, en adelante, a alinear los intereses de la gerencia y los de los accionistas, porque si ambos ganan de la venta para toma de control a terceros, será más probable que ellos lo logren. Sin embargo, como todas las otras estrategias, esta puede fallar negativamente en alguna ocasión, como cuando el paracaídas otorga compensación a gerentes débiles, a quienes la empresa podría preferir despedir, aun si no se efectúa la venta para la toma de control.

Esta discusión tentativa de situaciones de venta para la toma de control está diseñada deliberadamente para indicar que no hay evidente razón para esperar el remate si

---

<sup>8</sup> EASTERBROOK, Franz y Daniel R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, pp. 194-195

<sup>9</sup> Ya que estos asuntos no estuvieron típicamente regulados por contrato en la década de los ochenta, cuestiones de su legalidad salieron a la superficie. Acerca de este tema véase BRADLEY, Michael y Michael ROSENZWEIG. «Defensive Stock Repurchases». *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, p. 1377.

lo que se quiere es dominar el enfoque pasivo o viceversa. Pero incluso a partir de esa conclusión franca, podemos derivar una importante verdad acerca de la relación problemática entre el contrato y la regulación. En cualquier caso, las fuerzas relativas de las soluciones alternativas variarán. Tanto el análisis general como las ilustraciones particulares, demuestran una clara moraleja: donde no hay solución predominante a un problema recurrente, debe evitarse un régimen de términos obligatorios. El sistema está basado en un trabajo de estimación, y es consecuentemente derrotado por la heterogeneidad de las situaciones a las cuales, por necesidad, tiene que aplicarse. Es probable que el conocimiento local que tienen las partes sea superior al que tienen o puedan adquirir, los reguladores. En el mejor de los casos, los reguladores deben cumplir su acostumbrado cometido en disputas tipo contrato: ellos deben proveer un conjunto de reglas de incumplimiento que crean que funcionará para la mayoría de los casos en los que las partes han permanecido en silencio.

En concordancia, leyes tales como el Williams Act<sup>10</sup> o leyes de control estatales, que buscan regular los términos de las ofertas de venta, están generalmente mal conducidas. Estas reglas están asignadas a fin de brindar, a los nuevos postores, una oportunidad para entrar al mercado y otorgar tiempo a los accionistas de la empresa para considerar ofertas adicionales. El Williams Act, por ejemplo, exige que las empresas adquirientes sometan extensos reportes en los que establezcan su propuesta de inversión en la empresa y sus planes anticipados, si es que han adquirido más del 5 por ciento de las acciones de la empresa objeto. También exige que la oferta de venta se mantenga abierta por treinta días y que los postores no compren y vendan en el mercado mientras su oferta es extraordinaria. Finalmente, el acta requiere que, cuando la oferta es a prorrata, las acciones sean tomadas no en el orden que se ofrezcan sino a prorrata entre los accionistas que las ofrecen. Las leyes de control del Estado podrían también «esterilizar» el derecho de la empresa adquiriente a votar por sus acciones durante el período de la oferta de venta o evitar la fusión de una corporación adquirida con la empresa adquiriente.

Ambos enfoques, el federal y el del Estado, están guiados erróneamente, porque asumen que el enfoque de remate es superior al enfoque pasivo de la gerencia y, consecuentemente, agregan un costo regulador y retardan el proceso completo. Cualquier evidencia de que el sobreprecio para los accionistas de la empresa objetivo es mayor, bajo regulación, no demuestra fehacientemente su éxito, pues es consistente, tanto con las ganancias más pequeñas de los accionistas de la corporación adquiriente como con la prohibición de posturas con pequeño sobreprecio que pudieron haberse hecho si la gerencia estuviera forzada a permanecer pasiva.

---

<sup>10</sup> Williams Act, Ley Pública. n.º 90-439, 82 estatuto 454, U.S.C. §§78m, 78n (1988).

De modo similar, es un error permitir a los gerentes intervenir en el proceso de venta para la toma de control solo para proteger los intereses de los acreedores, proveedores y empleados (con quienes ellos tienen obligaciones contractuales, no fiduciarias). Los pagos por distintas decisiones corporativas probablemente variarán de modo más amplio para los accionistas; y, por ello, normalmente están protegidos por las obligaciones fiduciarias de los apoderados. Los pagos a tenedores de bonos son, de lejos, menos volátiles, y estas partes son más capaces de protegerse a sí mismas mediante convenios explícitos, incluyendo aquellos que les otorgan el derecho de manejar el negocio en el caso de que los valores en la empresa estén dañados o destruidos, en cuyo momento ellos se convertirían de hecho en accionistas, ubicándose en una relación monetaria con el nuevo equipo de directores. Es importante, adicionalmente, que la obligación de lealtad que deben los directores corporativos y la gerencia se extienda solo a los accionistas, porque si los directores deben ser leales a todas las partes, ellos disfrutarán, en la práctica, la libertad de no ser leales a nadie. Cualquier conjunto expandido de obligaciones fiduciarias nublará consecuentemente la responsabilidad de los directores y reducirá la voluntad y habilidad de otros participantes en la escena corporativa para protegerse a sí mismos por vía contractual.<sup>11</sup> El punto clave es, por lo tanto, preservar el régimen de libertad de contratación, aun en este complejo escenario, porque la lógica ordinaria de las ganancias de las negociaciones se aplica con fuerza tanto a las transacciones corporativas como a la venta ordinaria de una casa o una bolsa de productos básicos.

---

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, Pa. Cons. Stat. Ann. 515 (a) (1992).





## CAPÍTULO 14

### La empresa y el mundo

HASTA EL MOMENTO he sostenido que las relaciones entre los accionistas y las de estos con su empresa, en general, resultan ser mejor normadas por reglas del *common law* sobre propiedad y de tipo contractual. Un tema recurrente de ese sistema es que las personas ajenas a la empresa que quieran tratar con ella deben estar informados de su estructura y constitución interna en materias tales como negociación interna y otras cuestiones que pueden influenciar en su capacidad para proteger sus intereses contractualmente. En algunos casos, sin embargo, las terceras personas afectadas por la conducta de una empresa no son sujetos que mantienen relaciones contractuales con ella. Individuos ordinarios están involucrados en accidentes de automóviles y expuestos a contaminación. Lo mismo puede decirse de los empleados de las empresas. La pregunta entonces surge: ¿cuál es la responsabilidad de la corporación por esos daños externos? En lugar de propiedad y contrato, los principios operativos en estos casos son aquellos enfocados desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual. En cierta forma, la responsabilidad de los actores individuales debe ser idéntica a la de aquellas personas que actúan por propia cuenta. Pero ninguna discusión de responsabilidad corporativa puede terminar en una discusión de responsabilidad individual. En lugar de eso, un análisis completo requiere tomar en cuenta el rol de dos principios con impulsos opuestos. El primer principio, aquel de la responsabilidad por otra persona, es invocado para responsabilizar al empleador por los daños ocasionados por un empleado que surgen dentro y fuera del curso de su empleo. El segundo principio, que corta en la dirección opuesta, limita la responsabilidad de los accionistas al capital que ellos han comprometido o prometido al negocio.

#### RESPONSABILIDAD DELEGADA EN GENERAL

La primera pregunta sobre responsabilidad delegada es por qué aceptamos dicha doctrina. Si un empleado es totalmente responsable por los errores en cuestión, la víctima tiene un buen remedio: resarcir ese daño por cuenta del mismo empleado. ¿En qué se

fundamenta un segundo remedio? Siempre ha habido un gran problema de desconocimiento acerca del uso de este principio de responsabilidad delegada —donde el término «delegada» define una atenuante de esa delegación— para extender el alcance de la responsabilidad por daño, porque parece violar el principio moral básico que ningún individuo debe ser responsable por los actos de otro.<sup>1</sup> Sin perjuicio de los dictados de esa teoría abstracta, la explicación práctica para la persistencia de la doctrina sobre este punto es tan poderosa como mundana. El empleado puede ser insolvente, puede haber salido del estado o puede no estar identificado. El rango completo de los conocidos problemas de coacción puede hacer que el remedio obvio sea insuficiente. El asunto difícil, en adelante, es seleccionar la segunda mejor solución. ¿Debería dejarse de lado a la parte lesionada sin remedio alguno o debe la empresa, que respalda a su empleado, dar una compensación a la víctima?

Como materia de ordenamiento privado, la respuesta es clara: cualquier acto que un agente ejecute, encargado dentro del ámbito de su empleo, es atribuible al principal, a favor de cuyo nombre e intereses el agente ha actuado. En consecuencia, si el agente es pobre y el principal rico, este último arriesga todos sus activos por los errores del anterior. El empleador deja de tener incentivos para contratar empleados irresponsables o para delegar el trabajo riesgoso a los trabajadores más necesitados en términos financieros. La regla también libera a terceras personas del complejo trabajo de detective, que es mejor manejado de manera interna en la empresa. Un componente defectuoso de un automóvil se rompe y el auto se sale de la carretera. ¿Debería requerirse que sea el peatón lesionado o el conductor el que detecte cuál de los empleados del fabricante del auto fue el responsable por la falla técnica o cuál falló al dirigir la inspección que pudo haberla detectado? Dado que todas las rutas conducen al mismo empleador, los asuntos se simplifican permitiendo a la parte lesionada la acción directa contra el empleador, que puede entonces supervisar a sus empleados por medio de cualquier serie de sanciones que parezcan apropiadas para ese propósito. La selección, el entrenamiento y las inspecciones son métodos prácticos de control social. Adicionalmente, nada prohíbe la celebración de un segundo contrato entre el empleador y el empleado que inste al empleado a indemnizar al empleador (aunque en la práctica la indemnización usual requiere que el empleador respalde al empleado). Surgen pocas dudas en lo relativo al caso cuando la parte lesionada llega a un acuerdo consensual

---

<sup>1</sup> Para la clásica crítica de la doctrina, véase HOLMES Jr., Oliver Wendell. «Agency». *Harvard Law Review*, vol. 4, 1891, p. 345; y *Harvard Law Review*, vol. 5, 1891, p. 1; BATY, Thomas. *Vicarious Liability*, 1916; y SMITH, Young B. «Frolic & Detour». *Columbia Law Review*, vol. 23, 1923, p. 44. El mejor tratamiento moderno del asunto es el de SYKES, Alan O. «The Economics of Vicarious Liability». *Yale Law Journal*, vol. 93, 1984, p. 1231. Asimismo, destaca su «The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines». *Harvard Law Review*, vol. 101, 1988, p. 563.



con el vendedor; este rango de consideraciones conduce a la decisión de rutina en la que el vendedor respalda el trabajo de su equipo completo, dada su mayor habilidad para evitar el riesgo en cuestión.

La aceptación legal de la regla de responsabilidad delegada en el caso de daño a terceros imita este resultado consensual. Esta simple adaptación legal hace más fácil hacer negocios en un mundo complejo, y la regla ha sido mucho tiempo un asunto principal del *common law*. Sin duda existen excepciones, como cuando el empleado actúa con malicia o establece una salida «divertida» propia; en estos casos no actúa como empleado. Ninguna empresa debe ser declarada responsable cuando sus empleados de «9 a.m. a 5 p.m.» causan daño mientras están departiendo con amigos un sábado por la noche. Señalar los límites entre el trabajo cubierto y no cubierto es fácil en la mayoría de los casos; pero, inevitablemente, cualquier distinción hace surgir una lista complicado de casos límites. Por ejemplo, ¿debe tomarse al empleador como responsable cuando el conductor del camión se desvía de la ruta prescrita para manejar un asunto personal? Esta es una pregunta para la cual todavía no hay respuesta uniforme o aceptable, aunque las desviaciones menores tienden a caer dentro del alcance del empleo en sí y las mayores no. De otra manera, en cambio, la regla de responsabilidad delegada es mercedamente estricta. En consecuencia, cualquier acción que se toma en el curso ordinario del trabajo, aun aquella explícitamente prohibida por el empleador, sirve como base suficiente para avalar la responsabilidad delegada. Existen medidas de complejidad agregadas que buscan atenuar la regla por medio de una cuidadosa contratación, supervisión adecuada o meticulosa inspección de los productos terminados.

Podría ser tentador condenar la responsabilidad delegada como un subsidio inapropiado para las partes lesionadas por los empleadores desafortunados, pero las ineficiencias normales asociadas con el subsidio de maíz o de productos lácteos, principalmente su sobreproducción, no están presentes en este caso. La suposición básica es que el empleado ya es responsable por el daño y que cualquier conducta impropia de las víctimas ha sido descartada o tomada en cuenta de antemano. La pregunta restante es cómo inducir esa conducta apropiada a trabajadores cuyos limitados recursos financieros y posible anonimato son obstáculos formidables para la recuperación. La institución de la responsabilidad delegada crea algunos costos por sí misma y es, por lo tanto, algo menos simple que la regla de no responsabilidad a la que reemplaza. Pero en su forma categórica, el principio genera los incentivos apropiados y se aplica de manera tan directa a la amplia gama de casos que es sencillo olvidar que se invoca necesariamente en todo caso de responsabilidad de la empresa. El principio de responsabilidad delegada de la empresa por su trabajador, cuando se aplica en general en toda la sociedad, parece incrementar la riqueza y la satisfacción general sin causar efectos de distribución desviados entre los individuos. La eficiencia de la regla es suficiente para

explicar por qué sigue siendo la mensajera del futuro del *common law*, a pesar de todas las objeciones filosóficas argumentadas en su contra.

## RESPONSABILIDAD LIMITADA Y LA EXTERNALIZACIÓN DEL RIESGO

¿Debería esta regla de responsabilidad delegada, que funciona tan bien para empleador y empleado, ser llevada al distinto mundo de las corporaciones y sus accionistas? Aquí, la estructura de gobierno es claramente diferente de lo previamente observado. Típicamente, una empresa tiene diferentes clases de accionistas, frecuentemente con distintos tipos de acciones. Los trabajadores individuales, encargados de las operaciones diarias, no están, además, supervisados directamente por los accionistas, quienes son inversionistas pasivos de la empresa que buscan un retorno financiero por su voluntad de poner capital en riesgo. En este característico contexto, las reglas estatutarias de responsabilidad limitada crean una precisa limitación a las reglas de *common law* de responsabilidad delegada. Los accionistas de una corporación pública actúan por medio de sus agentes —miembros, directores y empleados de la empresa—, pero son responsables solamente por el monto de su capital invertido (más cualquier contribución adicional requerida) en la eventualidad de que estos agentes tengan una conducta equivocada. Consecuentemente, el riesgo de conducta equivocada por los agentes es transferido, en una parte importante, al tercero exterior a la empresa. Si el capital de la corporación es de mil dólares y el daño causado es de 5 mil, los accionistas son responsables hasta el alcance de su inversión original, pero, en ausencia de un seguro, los restantes 4 mil dólares en pérdidas descansan en terceros ajenos a la empresa, quienes deberán defenderse lo mejor que puedan por su cuenta.

La pregunta para el análisis es si el cambio de este riesgo residual de los miembros de la empresa hacia los ajenos a ella, sobre asuntos empresariales, es una desviación defendible por la regla tradicional de *common law* de responsabilidad delegada.<sup>2</sup> Por el momento, limitaré mi atención al caso en el que los accionistas de la empresa son individuos particulares y no otras corporaciones que tienen el beneficio de la responsabilidad limitada. A pesar de la poderosa presunción contra la desviación de los principios de *common law*, la regla de la responsabilidad limitada está justificada en este contexto específico, aunque en algunos casos podría parecer, después del hecho, que ha funcionado muy mal. Pero la historia (no la regla sino la historia) es compleja y requiere una cercana evaluación de las ventajas netas y las desventajas de la norma. Al defender la responsabilidad limitada es importante no elaborar el argumento ilusorio

---

<sup>2</sup> Para el caso que requiere la anulación de la responsabilidad limitada, véase HANSMANN, Henry y Reinier KRAAKMAN. «Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts». *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 1879.



de que proporciona la solución perfecta para todos los problemas en las relaciones externas de la corporación. En lugar de eso, la tarea más modesta es suficiente para el propósito: mostrar que los inconvenientes causados positivamente por la regla son, en un balance, superados por sus ventajas.

Comencemos con las desventajas. La principal es que la institución de la responsabilidad limitada crea una asimetría radical en la distribución de ganancias y pérdidas originadas por operaciones riesgosas. En este contexto, la frase «operaciones riesgosas» no se refiere a los riesgos del negocio asociados con el negocio fallido. Algunos de estos riesgos nacerán debido a los mismos accionistas, que deben, por lo tanto, buscar alguna protección contractual contra la conducta equivocada de sus propios funcionarios y empleados. Incluso algunas de estas pérdidas financieras son provocadas por los acreedores de la empresa, que pueden protegerse a sí mismos no solo celebrando un contrato con ella sino, también, si fuera necesario, consiguiendo garantías personales de los accionistas que sean observadas por toda doctrina de responsabilidad limitada. La estructuración de estas limitaciones comerciales es necesariamente compleja (y, consecuentemente, es un trabajo para el contrato) por lo cambiante de la naturaleza del retorno de la inversión. Si el proyecto es enormemente exitoso, los acreedores obtendrán el retorno de los montos principales de sus créditos e intereses, como lo obtendrían si el proyecto estuviere simplemente en su punto de equilibrio. Pero si el proyecto va mal, los acreedores pueden desaparecer. Los acreedores tienen una participación desproporcionada en un resultado negativo, y el implícito conflicto de intereses puede conducir a los accionistas y a los funcionarios de la corporación a preferir proyectos financieramente más riesgosos de los que ellos tomarían si no estuvieran apoyados sobre capital prestado. Es justo este riesgo el que motiva la elaboración del conjunto de convenios que los prestamistas usualmente requieren de sus prestatarios—incluyendo aquellos que dirigen los propósitos para los que los fondos pueden ser usados—, las condiciones bajo las cuales el préstamo debe pedirse y la seguridad por el arreglo básico. Incluso estas diferencias dependen del conflicto de intereses implícito entre los prestatarios y los prestamistas. Hay poca distinción acerca de ellos en el escenario corporativo.

El problema de la responsabilidad limitada, al margen de la asimetría en los retornos que crea, se vuelve más notorio con una segunda forma de riesgo de negocio: daños a terceros. Imaginemos un negocio corporativo que pueda generar uno de estos dos resultados: una alta tasa de fallas de productos que provoque cuantiosos daños corporales o a la propiedad, o una innovación exitosa de un producto que trae altas recompensas financieras. Bajo la responsabilidad limitada, el pago esperado a esa corporación sería más alto que el pago a la misma corporación si no hubiera responsabilidad limitada y los activos de los accionistas individuales fueran pasibles de satisfacer pretensiones por daños contra la corporación.



Supongamos que los activos de la corporación son un millón de dólares y que esta se compromete en un negocio que promete, con igual probabilidad, 5 millones en pérdidas por daños o 10 millones en ganancias económicas (asumamos para este propósito que los cálculos de daños se han formulado correctamente: una suposición con su propio grupo de dificultades). Sin la institución de la responsabilidad limitada, el retorno esperado a los accionistas es el siguiente:  $(0,5)(10 \text{ millones}) - (0,5)(5 \text{ millones}) = 2.5$  millones de dólares. Pero bajo responsabilidad limitada, la ecuación para la empresa cambia de tal manera que el retorno es el siguiente:  $(0,5)(10 \text{ millones}) - (0,5)(1 \text{ millón}) = 4.5$  millones de dólares. En estas dos instancias, el retorno esperado al negocio es positivo y, así, el negocio debe seguir adelante. Pero con responsabilidad limitada, la empresa crea un anticipo de 2 millones de dólares — $(0,5)(4 \text{ millones})$ — en pérdidas no compensadas que deben ser llevadas por personas ajenas a la corporación, una fuente de evidente disconformidad, si no de patente inequidad.

Sin embargo, algo más que la inequidad está en juego, pues un ligero cambio en los números implica que la responsabilidad limitada inducirá a la empresa a comprometerse en negocios que producen a sus accionistas un esperado retorno positivo mientras produce una pérdida social neta. Consecuentemente, si el 50 por ciento de posibilidad de una ganancia de 3 millones es compensado con igual posibilidad con una pérdida de 5 millones, el retorno social esperado es negativo y es igual a  $(0,5)(3 \text{ millones}) - (0,5)(5 \text{ millones}) = -1$  millón de dólares. En ese sentido, aparentemente la empresa no debiera realizar el negocio. No obstante, los accionistas serán inducidos a llevar a cabo ese negocio porque su retorno privado es positivo:  $(0,5)(3 \text{ millones}) - (0,5)(1 \text{ millón}) = 1$  millón de dólares.

El ejemplo numérico exacto es solo ilustrativo de un problema difundido que no desaparece cuando los cálculos se vuelven más complicados. Mientras los pobres resultados de la distribución no sean trasladados a los accionistas debido a la responsabilidad limitada, algunos negocios de la empresa producirán ganancias privadas y pérdidas sociales: una divergencia que es una receta para dislocaciones sociales. Mientras sea incierto si los pagos a efectuarse sean positivos o negativos, el problema surgirá debido al factor de probabilidad en todas y cada una de las transacciones corporativas. El sentido de injusticia asociado con las pérdidas no compensadas a personas ajenas a la corporación, por lo tanto, tiene, frecuentemente, una perfecta correspondencia con las pérdidas de eficiencia de la responsabilidad limitada, medida por la excesiva voluntad de realizar negocios riesgosos. Parecería entonces que el sistema de responsabilidad limitada debería entenderse como un subsidio para negocios riesgosos que, como otros subsidios, crea distorsión entre la ganancia privada y la pérdida social. El problema con el riesgo es agudo en las obligaciones por daños en las que las personas ajenas a la empresa no pueden protegerse por sí mismas. Si el asunto no fuera más complicado, la responsabilidad limitada debería ser entendida como un arreglo legal dirigido

por una facción que socava las reglas de responsabilidad delegada desarrolladas en el *common law*.

Ahora, ¿qué está mal o, por lo menos, incompleto en este argumento? Sus defectos se revelan solo cuando la naturaleza de la transacción corporativa es vista desde una segunda perspectiva. Nuestra interrogante se ha enfocado solo en la clase de proyectos que serán realizados por la corporación una vez que la responsabilidad limitada se haya puesto en vigencia. La primera y más importante pregunta es si esta confluencia de talentos y capital podría haberse ensamblado si, desde un primer momento, la institución de la responsabilidad limitada no hubiera estado disponible.

La respuesta a esta primera pregunta tiene que ser «no». En cualquier evaluación de conducta individual, es imposible cambiar un término en la ecuación completa y luego asumir que todo lo demás permanecerá igual. Más específicamente, si se retira la protección de la responsabilidad limitada, la naturaleza de los negocios cooperativos (ya no podemos llamarlos corporativos), cambiará radicalmente. Los inversionistas potenciales reconocerán que el problema de confiar sus riquezas a agentes corporativos, lo que previamente estuvo controlado por la responsabilidad limitada, se volverá más agudo. Un inversionista puede desear arriesgar X monto de dólares de su fortuna y otorgarla a una empresa, pero será muy reacio a exponer su fortuna completa de 10X dólares a las vicisitudes de un negocio que no controla o supervisa. Ni él ni sus socios corporativos contemplarían la posibilidad de accionar judicialmente contra una persona ajena a la corporación en una Corte lejana de la sede principal de negocios de su empresa. Él no tendrá el conocimiento necesario para defender a la empresa en forma efectiva y, difícilmente, alguien percibiría la posibilidad de acciones por contribución o indemnización que sean interpuestas contra otros accionistas dispersos por todo el mundo. Al eliminar la responsabilidad limitada, es muy probable que se reduzca sustancialmente la reunión de capitales en negocios conjuntos.<sup>3</sup>

Entonces, ¿qué ocurre cuando el número de reuniones de capital es reducido? Para comenzar, no es ya seguro asumir que el nivel de innovación tecnológica permanecerá igual que antes. Como ya no es posible fusionar capitales con trabajo en la misma escala de antes, las ganancias a partir de negocios conjuntos se reducirán. Tomará más tiempo desarrollar nueva tecnología. Si la alternativa fuera no realizar actividades que causen un daño social neto, quizá podríamos estar contentos con esperar las nuevas ganancias a fin de evitar la divergencia entre costo privado y social esquematizado líneas antes. Pero la alternativa a la nueva tecnología es la antigua tecnología, que está ya en uso y que podría causar aun mayores daños a las personas ajenas a la empresa. La

---

<sup>3</sup> Como evidencia, véase WIGGINS, Steven N. y Al H. RINGLEB. «Adverse Selection and Long Term Hazards: The Choice between Contract and Mandatory Liability Rules». *Journal Legal Studies*, vol. 21, 1992, p. 189.

misma dificultad de daños externos que surgió con la responsabilidad limitada se manifiesta ahora con diferente apariencia. Los negocios riesgosos serán tomados por pequeños negocios, con muy pocos directores, quienes tendrán en total muy limitados recursos y quienes, por esa razón, estarán poco deseosos de adquirir seguros por responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad limitada no será más la fuente de riesgo social o la temida asimetría entre ganancias y pérdidas; lo será la antigua insolvencia.

Una vez que los negocios riesgosos estén confinados a individuos con limitados recursos, el mismo problema no resuelto de daños externos reaparece en un mundo sin responsabilidad limitada. Ciertamente, ese mundo puede ser inferior porque evita la formación de grandes empresas, que tienen mayor capacidad para llevar a cabo la innovación tecnológica que puede reducir los riesgos de pérdidas externas. El error en el argumento inicial es que asume la línea de base equivocada: procedió a pesar de que la alternativa para la responsabilidad limitada es un mundo sin pérdidas externas no compensadas, cuando en verdad la alternativa son las pérdidas externas generadas por la operación de pequeñas empresas e individuos aislados. La comparación correcta requiere que observemos todos los ajustes que se harán en la formación y la operación de las empresas, y, cuando esto se haga, las imperfecciones de la responsabilidad limitada podrán rendir una ventaja neta.

Otra ventaja de la responsabilidad limitada se deriva de su capacidad para ampliar la *transmisibilidad* de los intereses de un accionista en el negocio corporativo. El asunto surge en un escenario diario con la transferencia de propiedad inmueble sujeta a amortización. Transacciones como esas pueden realizarse de dos formas. En la primera, el prestatario original es responsable de la deuda original como un garante del comprador de la propiedad gravada. El segundo arreglo es el llamado «trato limpio», en el cual una vez que la propiedad gravada es transferida a un comprador, el deudor original queda «desenganchado». El único recurso del prestamista, si la propiedad mostrara valer menos que el extraordinario monto de la deuda, sería ir detrás de los activos personales del comprador de la propiedad o del prestatario original.

En la mayor parte de las transacciones de negocios, se prefiere el trato limpio al trato que conserva al original prestatario en la transacción. Nadie está muy interesado en ser un garante responsable por las deudas de un extraño sobre cuya conducta no se tiene control. El riesgo de mala conducta es muy grande (ciertamente, los «tratos no limpios» ocurren usualmente cuando la propiedad se transfiere de un individuo a una corporación cerrada de la cual él es el único accionista o en casos similares). Si la opción está entre transferir con responsabilidad retenida como un garante o no transferir, es muy probable que muchos propietarios preferirían conservar la propiedad, a pesar de que encontrarán un comprador que de otro modo podría pagar un precio de compra satisfactorio para ellos. La incidencia de responsabilidad influye fuertemente



en la *transmisibilidad* del activo. La ganancia en la venta puede ser nublada por el riesgo residual en la garantía.

El mismo predicamento podría surgir con respecto a los negocios conjuntos sin responsabilidad limitada. La responsabilidad limitada, más que prestar sin recursos, permite el «trato limpio». Hace posible para el inversionista original de una corporación retirarse del trato sin llevar la responsabilidad residual de garante de una empresa de la cual él ya no es parte. La responsabilidad limitada postula que una vez que un accionista dispone de sus intereses, deja de tener responsabilidad contingente alguna por deudas en las que se incurrió mientras él tuvo intereses en la empresa. En concordancia, el comprador de las acciones ya no tiene que calcular cómo conseguir compensaciones del vendedor de aquellas acciones en la eventualidad de que él, el comprador, sea hallado responsable ante un tercero. Consecuentemente, la necesidad de indemnización se ve eliminada. Las ventajas de esta simplificación en la estructura de los costos son evidentes incluso en la simple transacción de tres partes esquematizada líneas arriba. Se vuelven siempre más notorias cuando la frecuencia en las transferencias aumenta, y eso ocurre cuando las acciones originales son renegociadas. La disponibilidad de un mercado listo a vender acciones no es importante solo en el momento de su disposición; también alienta la inversión en nuevas empresas mucho tiempo antes de que ocurra la reventa.

De modo más amplio, es posible manejar el problema de los daños externos aun si se conservara la responsabilidad limitada. El contrato de los acreedores, como se anotó antes, puede protegerlos mediante las garantías de los accionistas si ellos así lo deciden. Los acreedores por daños, por su parte, pueden estar protegidos por una ley que requiera a la corporación, como condición para mantener su responsabilidad limitada, tomar un seguro para proteger a las personas ajenas a la empresa contra daños físicos o de sus propiedades. El nivel de seguro requerido puede calibrarse, si es necesario, de acuerdo con el nivel de daño estimado que se anticipe. Adicionalmente, pueden imponerse requerimientos mínimos de capital, como rutinariamente se les impone a las compañías de seguros, a fin de constatar la cobertura de sus obligaciones financieras. El sistema tiene la ventaja agregada de permitir a la ley establecer prioridades en caso de que hubiese un gran desastre que amenace o afecte la solvencia de la empresa. Los acreedores por daño pueden tener un primer (y ciertamente exclusivo) rango de prelación en los procedimientos de cobertura de seguro y, cuando aquellos activos sean suficientes, serán respetadas las prioridades —centralmente la prioridad de los acreedores asegurados— que los acreedores contratantes hayan establecido entre ellos.

La mayor dificultad con la solución del seguro no concierne a un asunto de principios. Conciérne a un asunto de monto, ¿cuánto del seguro debe requerirse para cierto tipo de actividades? Una vívida ilustración del problema la refiere el Price-Anderson Act,

por el cual se obliga a las plantas americanas de energía nuclear a mantener 560 millones de dólares en seguros como una condición para obtener licencias de operación.<sup>4</sup> El dinero es para financiar la compensación por daños externos a las personas o propiedades causados por un incidente nuclear dentro de la planta. El esquema por sí mismo está de acuerdo con el modelo que he establecido líneas arriba, pero hay dos advertencias. Primero, cierta porción de los premios del seguro será pagada del tesoro federal. El sistema de responsabilidad limitada está, por lo tanto, combinado con un subsidio implícito para energía nuclear cuando la alternativa idónea es requerir a las compañías de servicios cubrir ellas mismas el costo total del seguro. Segundo, puede ser que el número de dólares escogido para protección externa —560 millones de dólares— pueda ser muy bajo, aunque haya ido en aumento debido a modificaciones legislativas. Pero, a manera de compensación, es crítico anotar que el seguro está emparejado con la supervisión de la Comisión de Regulación Nuclear, que (en principio, por lo menos) reduce la probabilidad de daño. El uso de la energía nuclear no es simplemente una fuente de riesgo externo; es también una fuente de beneficio externo un cuanto reemplaza el uso externo de carbón sucio con sus propios y típicamente no compensados contaminación y riesgo de salud. En suma, resulta que la adopción de la responsabilidad limitada en la industria de la energía nuclear puede servir para disminuir el riesgo de daño externo.

Finalmente, es inherente en la responsabilidad limitada una última ironía. La responsabilidad limitada, aislando a los inversionistas individuales de todos los riesgos de daño externo, ha hecho posible que las corporaciones exitosas acumulen miles de millones de dólares en activos para responder por los daños externos que crea su actividad. Ningún sistema de responsabilidad ilimitada ha sido jamás capaz de generar tal protección sustancial contra un daño externo.

En concordancia, uno debería sospechar de la retórica que es utilizada para denunciar la responsabilidad limitada. El principio se desvía de los postulados del *common law* sobre director y agente, tanto como las reglas de responsabilidad delegada se desvían de la regla ordinaria de responsabilidad individual. No obstante, la responsabilidad limitada no debería ser pensada como un privilegio especial que permite al rico y al afortunado hacer pillaje a costa del pobre o desamparado. Por el contrario, es una protección general comúnmente disponible para todo el que la busca, porque reduce el nivel de riesgos no compensados al cual están expuestas las personas ajenas a la empresa. El correcto enfoque de la responsabilidad limitada es de esencial importancia no tanto porque esté en duda la solidez de su institución —hoy por hoy seguramente no

---

<sup>4</sup> Price-Anderson Act, Ley Pública. n.º 85-256, 71 estatuto 576, 42 US C. §2210 (1988). La ley decidió contra el desafío constitucional en *Duke Power Co. v. Carolina Environment Study Group, Inc.*, 438 US 59 (1978).



lo está— sino porque nos permite entender el rol apropiado de la regulación gubernamental con respecto a los asuntos internos de la empresa. Si la responsabilidad limitada fuera un privilegio obsequiado a quienes no se lo merecen, sería legítimo para el Estado decir: «Ya que les hemos dado a ustedes este privilegio, deberíamos ser capaces de exigir de ustedes algunas concesiones especiales a cambio». Las corporaciones podrían, a partir de eso, estar sujetas a impuestos especiales por sus ingresos, verse obligadas a renunciar a contratos de defensa contra sus acreedores o disponer, libres de costo, sus activos para el servicio público, tal como hacer publicidad de caridad o campañas políticas. Justamente, esta medida ha sido utilizada para justificar, en contraposición al primer desafío agregado, limitaciones del Estado en el poder de las corporaciones para reclamar impuestos especiales sobre la riqueza de ellas, un resultado que es particularmente único porque las corporaciones frecuentemente tienen accionistas fuera del Estado que no pueden votar en las elecciones locales.<sup>5</sup> Pero todos estos argumentos aparejados para su aceptación son inapropiados, porque la responsabilidad limitada es una institución que está justificada en su propio derecho. Como tal, nunca debería ser usada como un nivelador para fundamentar la regulación de los asuntos internos de la empresa o la imposición de impuestos especiales u otras cargas. Esas obligaciones deben recibir justificación propia si llegan a ser impuestas del todo.

La situación con respecto a la responsabilidad limitada podría, en principio, ser diferente cuando una corporación matriz busque usar la forma corporativa para desentenderse de las deudas incurridas por su empresa subsidiaria. En este contexto, obviaremos la carga que significa tener que proteger a una difusa clase de accionistas individuales que, de otra manera, pueden decidir no invertir en la empresa. En lugar de eso, la protección de la responsabilidad limitada funciona ahora para ventaja de la corporación matriz, cuyos accionistas individuales (si hubiera alguno) están ya protegidos por la doctrina de la responsabilidad limitada a nivel individual. En estas circunstancias, la voluntad de levantar el velo societario para proteger a terceros en casos de contaminación y choques automovilísticos debe ser mayor que cuando se trate de corporaciones ordinarias, aunque los casos al respecto sean muy infrecuentes. Aunque este asunto está ya planteado, el punto central permanece. La doctrina de responsabilidad limitada para accionistas individuales está balanceada con un beneficio neto y no con una carga pesada, que es todo lo que uno puede pedir a una regla general. Es un error evaluar su efectividad resaltando los casos que no maneja bien, mientras se ignora la masa de situaciones en las que sí funciona bien. La desviación de los principios de *common law* en responsabilidad individual y responsabilidad delegada es profunda y marcada, pero la simplicidad de la estructura de la regla básica es una de las recomendaciones más sólidas que opera en favor del mismo principio básico.

---

<sup>5</sup> Véase *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 US 652(1990).





## CAPÍTULO 15

# Protección ambiental y propiedad privada

LA PROTECCIÓN AMBIENTAL no fue un campo separado dentro del Derecho hasta 1970. Desde entonces, se ha convertido en una industria en crecimiento y ha gozado de un amplio apoyo político, que solo ha empezado a decaer recientemente. Una característica del movimiento ambiental moderno es su manifiesta desconfianza hacia los enfoques del ordenamiento privado sobre la protección ambiental, dado que encuentra en estos un trato insuficiente sobre un tema de gran relevancia moral, estética y cultural. El resultado ha sido una colección de reglas y leyes que literalmente desafía un resumen conveniente. Esa complejidad se deriva de la naturaleza ad hoc de los enfoques sobre la protección ambiental, que oculta la gran cantidad de pactos políticos interpartidarios,<sup>1</sup> subsidios cruzados, ineficiencias tecnológicas y alianzas impías que movilizan al derecho moderno.<sup>2</sup> Puede esperarse alguna complejidad en los detalles, pero se podría evitar la mayor parte de la complejidad encontrada en la presente ley si las reglas simples esquematizadas aquí se aplicaran rigurosamente a los asuntos de política ambiental.

Volvamos por un momento a nuestra lista de reglas simples. La segunda regla, la de primera posesión, esquematiza las bases de la propiedad, excepto para los recursos comunes (es decir, recursos cuyos costos de exclusión son mayores que los costos de coordinación, como en el caso del agua). La tercera regla simple permite el intercambio voluntario de estos derechos de propiedad con tal de que no incremente el daño impuesto a terceros. Luego, la cuarta regla simple protege contra la agresión externa. La quinta y sexta reglas simples, sobre compensación justa y expropiación, permiten múltiples cambios de derechos de propiedad cuando las transacciones voluntarias no son factibles. El funcionamiento combinado de estas reglas produce un sistema de protección ambiental resistente tanto a las formas privadas de abuso como al excesivo

---

<sup>1</sup> La expresión «pactos políticos interpartidarios» traduce el término «logrolling». (Nota de los traductores)

<sup>2</sup> Para una buena exposición, véase GREVE, Michael S. y Fred L. SMITH, JR., (eds.). *Environmental Politics: Public Costs, Private Rewards*, 1992.

control y regulación gubernamental, que frecuentemente se esconden bajo la careta de la protección ambiental.

## EL PARADIGMA PRIVADO

El punto de partida de mi análisis es la mortificación<sup>3</sup> en el *common law*. Un típico caso de mortificación no involucra ni el uso de la fuerza contra una persona o propiedad ajena, ni el ingreso de una persona en el terreno de otra. Más bien, la mortificación en el *common law* está íntimamente ligada a la máxima «no permitir invasiones físicas», y sus casos paradigmáticos cubren todas las formas de descarga de contaminantes, basuras, humos, gases u otras sustancias nocivas en propiedad ajena. El daño ocasionado por la mortificación no es novedad; ciertamente, este data de las primeras épocas del *common law*, como parte del sistema general para la protección de los derechos de propiedad. En el presente caso, surgen dos preguntas; ¿por qué se debe permitir que la protección alcance su punto máximo, y por contraposición, por qué no extenderla más?

Elaborando la primera pregunta, ¿por qué no se debe permitir que todas las personas contaminen y ensucien ilimitadamente? Una vez más, se apela básicamente al argumento de un velo de ignorancia. Si tuviéramos la misma posibilidad de contaminar o sufrir la contaminación de otros, ¿preferiríamos una regla de no responsabilidad o una regla que imponga por lo menos alguna responsabilidad? Aquí nuestras intuiciones no son tan uniformes y poderosas como en el caso de la violencia contra la persona, pero como un asunto empírico general —hay pocas verdades deductivas en asuntos de política— la colectividad «nosotros» tiene confianza en que las ganancias a partir de la contaminación son usualmente más pequeñas que las pérdidas infligidas a terceros. Detrás del velo, optaríamos por limitaciones de la práctica en sí. En la mayoría de los casos, las descargas contaminantes son deliberadas, especialmente las continuas, que llaman la atención del propietario casi inmediatamente. Estos daños no requieren hacer la difícil selección entre negligencia y responsabilidad directa. Sin embargo, aun en casos de emisión accidental de contaminación, un régimen de no responsabilidad parece menos deseable que en los casos de daños personales u otras formas de daño a la propiedad. Entonces, la selección se reduce a una responsabilidad directa o negligencia, en la que la primera se va a preferir en este contexto, como en otros casos que involucran a terceros, por su relativa simplicidad. En todos estos casos, la presunción básica es que la contaminación causa más daños que beneficios, si no fuera el caso le seríamos indiferentes o, por el contrario, subsidiaríamos activamente su creación.

---

<sup>3</sup> Para la definición de este término, véase la nota a pie de la página XLVIII. (Nota de los traductores)



Como con otros casos de responsabilidad, se debe tener presente una advertencia importante en los casos de contaminación. El mero hecho de que la contaminación cause daños físicos no significa que sea ilegal. Un individuo que se daña a sí mismo mientras practica ciclismo o escala montañas causa un daño, mas no origina una acción judicial, pues el agresor y la víctima son la misma persona. La misma restricción se aplica a los daños ambientales. El propietario de un terreno que construye una casa en una duna frágil en el medio de un lote grande puede ser tachado de necio si su casa comienza a hundirse antes de estar completa, pero él solo se ha causado un daño a sí mismo; no ha incurrido en responsabilidad frente a otros. No es como si sus acciones hubieran deteriorado el soporte lateral de la propiedad de sus vecinos, y sería un caso grosero de paternalismo ambiental (comúnmente aplicado por los departamentos de recursos naturales de los estados) prohibir o regular el uso del lote. Si no hay externalidades, no existe daño.

La reglamentación de la contaminación debe seguir los mismos principios: la contaminación que afecta a uno mismo puede ser incorrecta, pero no genera responsabilidad legal. La razón de esta regla no es meramente conceptual. Cuando la contaminación daña a su creador, un mecanismo inherente de autocorrección limita su alcance. El contaminador va a sobrellevar el beneficio y los costos de la contaminación, y tiene los incentivos adecuados para maximizar los beneficios netos del uso del terreno. Ese impulso a la autorregulación, sin embargo, no lo impulsa a eliminar toda la contaminación, sino que es solamente un esfuerzo para maximizar la ganancia neta del uso del terreno. La gente tolera inhalar humo de los fuegos que ellos mismos necesitan para obtener calor, cocinar y protegerse; pero tienen un poderoso incentivo para disminuir sus actividades contaminadoras cuando la siguiente unidad de producción promete ganancias menores que las pérdidas asociadas a la contaminación. Los individuos, por lo tanto, buscan incesantemente soluciones intermedias que maximicen la ventaja de la actividad productiva, un enfoque muy diferente que buscar mantener la contaminación por debajo de un nivel fijado a priori sin que sea necesariamente cero. El propietario unitario tiene el incentivo adecuado para encontrar el punto de equilibrio entre desarrollo y contaminación.

Tampoco la decisión del propietario llega a generar conflictos con los derechos de otros miembros de la sociedad que no han sido expuestos a la contaminación. Si yo estoy autorizado para trabajar hasta el punto de quedar exhausto, ¿por qué no voy a estar autorizado a trabajar mis terrenos de la misma manera? En ambos casos, es poco probable que yo use mis derechos de autoreglamentación para llegar a la autodestrucción, y, por ello, el Estado no debe restringir mi conducta en ninguno de los dos casos. Puede que otros no aprueben mis acciones en ninguna de las dos esferas, pero yo también puedo desaprobarme su falta de voluntad para trabajar mucho o su reticencia a perforar por petróleo en sus terrenos privados cuando yo pienso en los beneficios de reducir la dependencia en el sucio carbón mineral.

El punto aquí no es novedoso, sino que es aún otra aplicación de las pruebas generales sobre daños compensables en la responsabilidad civil extracontractual. La ofensa a una persona motivada por la conducta de otros no habilita una acción legal contra ellos. Esta regla nos pone en una situación ideal respecto de todos los asuntos de estilo de vida y elección personal. Este hecho permite a las personas religiosas y a las personas no religiosas, las cautelosas y las audaces, las relajadas y las estresadas a vivir lado a lado en relativa paz, sin embarcarse en una falsa búsqueda para encontrar la armonía perfecta. Solo las consecuencias tangibles de la conducta individual —el uso de la fuerza o el uso de mentiras— permiten una intervención pública. Saber lo que otros individuos hacen, sea beneficioso o no, puede ocasionar consecuencias negativas, pero el esfuerzo por dar remedios legales a estos es peor que el daño original.

El mismo enfoque se traslada a la preocupación ambiental. Algunas personas creen que es importante desarrollar la naturaleza al máximo para vencer a la pobreza y asegurar la prosperidad; otros creen que la naturaleza debe dejarse, en lo posible, a sus propios arbitrios, aunque eso signifique un recorte en los estándares promedios de vida. No está dentro del poder de ninguno de los dos lados convencer a los dubitativos de la posición opuesta, y los sistemas coercitivos de regulación son la peor forma para alcanzar resultados sociales uniformes en vista del desacuerdo social. La interconexión entre lo que ocurre en un lugar y en otro no se puede suponer sobre la base de una teoría dudosa de conexión física necesaria para todos los eventos. La contaminación de la propiedad de otro debe ser demostrada por las reglas probatorias ordinarias.

La situación se torna más compleja cuando las ganancias de las actividades productivas son disfrutadas por una persona y los elementos contaminantes sí dañan *de hecho* a otra persona, dado que ahora está presente una externalidad, y lo más apropiado sería una forma de regulación pública, pero solo si los costos de regulación son menores a los costos de corregir la externalidad. De hecho, parte de esta dificultad desaparecería rápidamente, sin importar cuál sea la regla inicial de responsabilidad, si el desbalance pudiera corregirse por medio de una negociación sin costos, que permita a las dos partes operar como una.<sup>4</sup> En ese improbable evento, los patrones de producción serían idénticos a aquellos que se obtienen si la persona poseyera dos parcelas de propiedad. Si la regla legal aplicable permitiera la contaminación, la víctima de la contaminación pagaría al contaminador para reducir los niveles de polución. Si la contaminación estuviera prohibida, el contaminador podría, si fuese necesario, pagarle a su víctima para que le permita contaminar. Estas transacciones sin costo no congestionarían el sistema legal y no tendrían un resultado final diferente. Todo lo que cambiaría en respuesta a la selección inicial de una regla de responsabilidad sería la

---

<sup>4</sup> En este punto, la fuente de toda sabiduría es aún COASE, Ronald H. «The problem of Social Costs» *Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, p. 1.



distribución de riqueza entre las dos partes. En un sentido crítico, por lo tanto, el villano en este tema no es la contaminación como tal sino los costos de transacción que impiden las soluciones colectivas deseadas. En este escenario, la superstición empírica ampliamente compartida de que la contaminación (o, por lo menos, la contaminación extensiva) causa más daño de lo que produce a favor es crucial, porque permite la adopción de un sistema de derechos de propiedad que anticipa los resultados usuales de una negociación voluntaria.

El sistema legal, consecuentemente, asume que generalmente el contaminador tiene una mayor facilidad para ajustarse y controlar, estableciendo como línea de base inicial el derecho de todas las personas a no ser perturbadas. Vista así, la responsabilidad para los contaminadores los induce a minimizar los daños físicos a otros con el objeto de minimizar sus pérdidas económicas. El motor del interés propio trabaja bien porque los incentivos privados están bien alineados con el bienestar social. Una regla que dice que «el contaminador paga» es simple en forma, pero poderosa en efecto. Aunque no hace referencia explícita a los cálculos racionales de costo/beneficio, induce a las partes privadas a hacerlos en su debido momento. Cuando el daño se vuelve muy grande, la regla debería cambiar a «no contamine por sobre tal nivel». Implícitamente, si ha ocurrido contaminación, su limpieza podría ser la solución preferida. En ese sentido, la ley desarrolla un efectivo conjunto de reglas dirigidas a los recursos gerenciales privados, y se basa no en un especial interés en los asuntos ambientales sino en la construcción tradicional de bloques de propiedad privada, una prohibición de invasión física y una protección para las transacciones voluntarias.

Una pregunta, de cualquier forma, aún permanece: cómo determinar la selección de soluciones. Los riesgos son altos. Una solución para daños por pérdidas infligidas podría ser mínimo, mientras el costo de la limpieza puede ser enorme (si los números son invertidos, entonces la opción es clara). De la misma forma, una prohibición legal podría imponer enormes pérdidas, nuevamente con pequeños beneficios. La respuesta a esta pregunta no está esculpida en piedra, pero un simple procedimiento da una poderosa pista hacia la solución que se debe escoger. Hagamos esta pregunta: si el daño analizado fuera causado por una contaminación de fuente natural, ¿escogería el propietario dañado limpiar la contaminación con su propio dinero? La pregunta no es trivial, porque todo contaminante, desde el dióxido de carbono hasta el dióxido de radón, aparece en el ambiente desde fuentes naturales y, la mayor parte del tiempo, nadie hace nada. Sin embargo, sí existen casos de limpieza. Nadie duda de la necesidad de purificar el agua para beber que contiene excesivas cantidades de minerales y venenos.

El propósito de esta prueba de propietario es asegurar que las víctimas de la contaminación no escojan una extravagante solución de limpieza solamente porque algún evidente infractor es quien tiene que asumir ese costo. En consecuencia, si una compañía química vende fertilizantes cuya eliminación deja rastros de elementos en un



pozo privado, la pregunta decisiva será si el propietario del pozo optaría por la limpieza (y hasta qué niveles) a su propio costo si la contaminación fuera de fuentes naturales. En asuntos de esta clase, las Cortes no deberían aceptar testimonios espontáneos. La mejor prueba de conducta es observar el nivel de limpieza que fue alcanzado *antes* de que este particular problema surgiera con otros contaminantes. Cuando —y esto será frecuente— esta prueba arroje resultado negativos, la elección deberá ser la responsabilidad por daños anticipados, razonablemente calculados en favor del propietario afligido.

### DE DAÑOS A REGULACIÓN

El problema práctico es uno de extensión y elaboración de derechos privados y su acción en la esfera pública.<sup>5</sup> Las acciones privadas funcionan bastante bien cuando un fabricante simplemente ha emitido descargas que dañan al granjero de al lado. Pero los costos de transacción de entablar acciones privadas se vuelven prohibitivos cuando las causas de contaminación agregan daños que son distribuidos en pequeños montos sobre muchas partes lesionadas y que afectan recursos comunes a ellas, tales como agua y aire. Algunas veces la acción de clase puede ser usada para juntar a las partes separadas en un caso simple; pero el mecanismo de esos procesos es, con frecuencia, prohibitivamente complejo, porque es engorroso informar a cada individuo de la clase (aun si ellos pueden ser identificados) e incómodo calcular los daños individuales sufridos por cada miembro de la clase. La búsqueda de justicia perfecta por medio de derechos privados de acción probablemente se estanque en un pantano legal.

Los problemas administrativos de controlar la contaminación conducen a la imposición de una regulación expresa, y la forma de esa regulación es fundamental para su éxito. Como ya mencioné, un sistema sólido de regulación requiere mostrar que los costos administrativos adicionales en que se incurre traen mejores incentivos privados. Un enfoque es adoptar una estrategia de «comando y control», en el que la tecnología es especificada vía regulación. Pero ese sistema está ampliamente (y correctamente) desacreditado.<sup>6</sup> Aun con una tecnología constante, nada garantiza que el método de una operación para controlar la contaminación funcionará en otra operación. Las estrategias de comando inducen a los administradores de gobierno a usar información pasada para escoger la regla equivocada y luego les falta coraje para admitir sus errores. El costo de cumplir con un mandato dado puede «variar por un factor de cien o más

---

<sup>5</sup> Para una exposición más sistemática, véase EPSTEIN, Richard A. «Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints». *Journal of Legal Studies*, vol. 8, 1979, p. 49.

<sup>6</sup> Véase ACKERMAN, Bruce y Richard STEWART. «Reforming Environmental Law». *Stanford Law Review*, vol. 37, 1985, p. 1333.

entre las fuentes, dependiendo de la edad y ubicación de la planta y de las tecnologías disponibles». <sup>7</sup> Una estrategia adecuada minimiza las tareas del gobierno si establece un nivel permisible de contaminación y deja a la empresa seleccionar su estrategia de cumplimiento. Para alcanzar su objetivo, la empresa regulada puede cambiar sus accesos al producto, tiempos de producción, respuestas tecnológicas o, en su punto más crítico, puede pagar a alguien diferente para que, en su lugar, reduzca la contaminación.

La adjudicación inicial de derechos de contaminación puede ser hecha por una orden legal, aunque es preferible un arreglo por oferta. Sin embargo, la característica clave es asegurar que los derechos para contaminar sean libremente transferibles dentro de la región aplicable. <sup>8</sup> En este punto, podemos esperar ventas privadas de los derechos de contaminación cuando los compradores las valorizan más que los vendedores o cuando los compradores pueden reducir la contaminación a algún nivel especificado a un costo más bajo del que son capaces los vendedores. Con tal que el monto total de la contaminación no aumente, no hay daño externo más allá del que está ya autorizado. La clase de compradores potenciales para derechos de contaminación no debería estar limitada a empresas industriales; también deberían poder comprar las organizaciones ambientales y retirarlas del uso si lo desean, o pueden alquilar o revender una fracción de esos derechos cuando los cambios en las condiciones climáticas lo hagan deseable. En todos los puntos, los beneficios del cambio (como son llamados por la tercera regla simple) están coordinados con la protección de daños externos (como lo exige la cuarta regla). El sistema de permisos negociables hace que algunas personas estén mejor y que nadie esté peor. ¿Por qué oponerse a eso?

El uso de un sistema de propiedad de derechos para controlar la contaminación es administrativamente factible, y carece del riesgo de sobrecargar al gobierno o incentivar prácticas políticas desviadas. Sin embargo, esta posibilidad se ha visto frustrada por una insistencia en condiciones previas severas para el comercio, tales como requerir que un equipo de control de contaminación sea instalado antes que pueda comenzar una negociación, o por la restricción de negociación a un período fijo, una limitación impuesta en el abortivo esquema de negociación en la represa de Fox River en Wisconsin. No obstante, el negocio de derechos de contaminación en la represa de Tar-Pamilco en Carolina del Norte parece estar funcionando bien. El costo de retirar una libra de fósforo del punto-fuente de los contaminadores va desde 860 a 7.860 dólares. El costo de retirar ese mismo fósforo de áreas agrícolas varía entre 67 y 119

---

<sup>7</sup> HAHN Robert W. y Robert N. STAVINS. «Incentive-Based Environmental Regulation: A New Era from an Old Idea». *Ecology L.Q.*, vol. 18, 1991, p. 6.

<sup>8</sup> Sobre la negociación de emisiones en general, véase HAHN, Robert W. y Gordon L. HESTER. «Where Did All the Markets Go? An Analysis of the EPA's Emissions Trading Program». *Yale Journal on Regulation*, vol. 6, 1989, p. 109. Allí se remarca cuán difícil es emerger para estos mercados, debido a las restricciones de la EPA en comercio.

dólares por libra.<sup>9</sup> Pagar a los agricultores para reducir la contaminación substituye precauciones eficientes por otras ineficientes. Una venta de «malas» rinde las mismas ganancias sociales que una venta de «buenas»; la única diferencia es que el dinero se mueve al comprador de las malas y desde el comprador de las buenas. ¿Pero a quién más debería importarle esto?

Las fuentes móviles de contaminación podrían estar sujetas a regímenes reguladores similares que acoten impuestos en concordancia con los niveles de emisión y el daño que causan. Los patrones presentes muy frecuentemente dependen de varias formas de comando y control de regulación. Por ello, la ley controla la contaminación automotriz regulando los patrones de diseño para automóviles —llamados patrones *tail pipe*— y bajo la Clean Air Amendment Act de 1990 (CAAA), que también regula el contenido de la gasolina.<sup>10</sup> Estos patrones nacionales no discriminan entre la contaminación en Los Ángeles y la contaminación en Dakota del Norte. Los mandatos son insuficientes para controlar el problema en el primero, pero son generalmente innecesarios en el último. Un impuesto local, manejado sobre la cantidad de emisiones en áreas locales, hace un mejor trabajo en contener la contaminación a un costo mucho más bajo. Los Ángeles podría imponer un derecho de registro a los automóviles que aumente con su antigüedad y un impuesto a la gasolina que necesariamente varíe con el uso. Los usuarios privados podrían entonces tomar la decisión de conducir sus vehículos teniendo en cuenta los costos sociales de sus acciones. Dakota del Norte no cambiará mucho sus regulaciones.

La CAAA sí reconoce que cierta variación local es crucial, en cuanto que preserva la división del país en 247 áreas de alcance y de no alcance. Así, la CAAA especifica regímenes contra la contaminación más exigentes para estas últimas, que incluyen el área metropolitana de Chicago. Desgraciadamente, la CAAA descarta con desdén el enfoque del impuesto y regresa a la grotesca forma de tecnología de comando y control, de la que es imposible hacer un resumen simple. Una parte del enfoque de la CAAA de la tecnología de contaminación es establecer que todos los estados requieran a sus grandes empleadores —definidos arbitrariamente como aquellos con cien o más trabajadores en determinado sitio, localizados en un área de no alcance— que efectúen extensas encuestas para determinar cómo sus trabajadores se transportan al trabajo.<sup>11</sup> En respuesta al mandato federal, Illinois, por ejemplo, ha pasado su propia

---

<sup>9</sup> El material en este párrafo está extraído de RIGGS, David, Les SEASE y Brce YANDLE. «Pollution Trading, Watershade Association, and Firm Governance» (manuscrito en poder del autor).

<sup>10</sup> Véase el Clear Air Ammendment Act (en adelante CAAA) de 1990, Ley Pública n.º 101-549, 104 estatuto 2399 (1990), codificada como corregida a 42 U. S. C. §§7401 et. seq. Sobre los tubos de escape, véase 42 U. S. C. 7521; para combustibles, véase 42 U. S. C. 7545 (k).

<sup>11</sup> CAAA. §182(d)(1)(B).



Employee Commute Options Act,<sup>12</sup> que establece procedimientos para poner su propia área de no alcance dentro del cumplimiento de la ley federal (la palabra «opciones» es una nueva forma verbal que se refiere a las diferentes clases de respuestas disponibles ante injustificadas coerciones al público).

La primer falla de este sistema es que se apoya en mandatos federales que auscultan los costos de cumplimiento en estados que no tienen ningún control sobre la articulación del esquema. El poder se separa de la responsabilidad y conduce a un fatal desbalance por el cual las partes contraen obligaciones que no necesitan financiar. En el nivel del Estado, este enfoque propicia resentimiento y resistencia, sentimientos que toman la forma de protestas por parte del gobierno y las empresas contra el EPA federal, por exceder agresivamente el alcance del mandato federal inicial. Sin importar cómo fueron interpretados, estos mandatos no logran su objetivo. El esquema legal básico define el cumplimiento por el promedio de ocupación de los vehículos (AVO) de cada automóvil en transporte al trabajo. Si este número está por encima de 1,36, entonces un empleador está en cumplimiento y solo necesita prometer que mantendrá esa tasa en un curso estable de preservación. Pero si el número cae debajo de ese nivel, la mano pesada del Estado ataca a la empresa infractora, a la que se le da a escoger de un menú de estrategias legales, incluyendo el uso conjunto de automóviles, el uso conjunto de camionetas, un aumento del uso de transporte público, caminar, ciclismo, horarios alternativos de trabajo, vehículos de energía limpia, eliminación de espacios para estacionamiento de trabajadores y privilegios. La más pequeña variación en la tasa (AVO) podría causar una gran diferencia en los costos de cumplimiento. Pero en ningún momento se pregunta si los empleados de una empresa pueden mover la tasa de 1,40 a 1,50 más fácilmente de lo que los empleados de una segunda empresa pueden mover la tasa de 1,30 a 1,40. Se ignora por completo el asunto de los costos al margen cuando las sanciones legales pueden variar enormemente dependiendo de en cuál lado de una línea arbitraria resulte caer una empresa particular. Un impuesto a los contaminantes evita estas vergonzosas discontinuidades.

El régimen legal coercitivo también tiene los efectos indeseables de introducir otra capa de regulación sobre el uso de terreno (de por sí sujeto a incontables abusos a nivel estatal y local) por una autoridad reguladora que tiene incentivos para tomar en cuenta las dislocaciones que ella crea en las relaciones locales. En ese sentido, la lejana mano federal puede desordenar muchos arreglos locales delicados, por los cuales se otorgan permisos para nuevos negocios, o la expansión de los existentes con la condición de que se habiliten espacios para parqueo vehicular fuera de las calles para reducir la congestión de los vecindarios. La fuerza de la ley federal (que siempre toma el precedente sobre una regla local o estatal inconsistente) podría exigir menos espacios

---

<sup>12</sup> P.A. 87-1275, 625 Ill. Con. Stat., Act 32.

de parqueo como un método «indirecto» para reducir el número de vehículos en las calles y, en consecuencia, los niveles de contaminación. Pero solamente un tonto extraería una inferencia tan audaz y optimista a partir de un único e incierto hecho. Si la congestión aumenta el tiempo de transporte o la búsqueda de lugares para parqueo, los niveles de contaminación pueden aumentar, ya que los viajes individuales serán de duración más prolongada, consumirán más gasolina y crearán más contaminación. Sin embargo, la CAAA desestima cualquier respuesta adaptable y asume que las consecuencias reales serán siempre las deseadas.

La voluntad de imponer tan poderosamente un nivel de control federal depende de algún hallazgo que demuestre que el empleador individual es, de alguna forma, una fuente de contaminación desde el principio. No obstante, esta pesada determinación descansa en frágiles encuestas a empleados que son modelos de desinformación científica. Un punto obvio es que la contaminación del aire es atribuible tanto a automóviles manejados por empleados de pequeñas empresas como a aquellos manejados por empleados de empresas grandes. Un impuesto uniforme a la gasolina cubre todas las clases de transportes de negocios, sin discriminación. Esta medida también incluye otras actividades, tales como viajes de compras y el transporte de los niños a las escuelas, que frecuentemente se combinan con el transporte al trabajo y excursiones de fin de semana que no están incluidas. Sin embargo, aun para las empresas designadas, la información de las encuestas es totalmente inútil porque se enfocan en un número, el temido AVO, que es en sí mismo de poca importancia en la batalla contra la contaminación. La última pregunta no es el número de ocupantes por vehículo sino la cantidad de contaminación por empleado transportado. Una fuerza laboral de conductores que vive cerca del lugar de trabajo puede hacer mucho menos contaminación que otra cuyos trabajadores recorren largas distancias incluso si no hay uso conjunto de los vehículos en el primer escenario, y extensivo uso conjunto de ellos en el segundo. Sin evidencia detallada, tal como la longitud de los viajes o los costos de formas alternativas de ir al trabajo, la información recogida es inútil.

La CAAA se tambalea de una segunda forma porque escoge técnicas ineptas de encuesta para medir sus propios objetivos. Cada empresa objetivo debe conducir su encuesta en una semana escogida casi al azar, y luego usar sus hallazgos para proyectar la conducta de la empresa el año entero. Esta técnica de encuesta necesariamente ignora las variaciones atribuibles a las vacaciones, las reuniones fuera de la ciudad, la contratación de empleo estacional, las condiciones del tiempo y una cantidad de otros factores no identificados. En cada caso, los empleados pueden mentir con virtual impunidad o adoptar maneras aprobadas de transporte para esa semana y esa semana solamente. La CAAA busca anular el efecto de las dificultades en el proceso de encuesta prescribiendo penalidades por reportes falsos e impidiendo cualquier forma de muestreo. Si el cumplimiento de la tasa (AVO) cae por debajo del noventa por ciento —una tasa descomunal para la mayor parte de encuestas— asumirá que todos los que



no responden cometen el peor pecado posible en transporte: transportarse al trabajo en un vehículo individual. El esfuerzo para exigir el cumplimiento (es ilegal bajo la ley del estado retener salarios por errores en el llenado de las encuestas) enfatiza, en exceso, la probabilidad de incumplimiento. Este hecho, por este motivo, inspira costosas contramedidas, aun cuando no exista problema de contaminación. Con todas estas fallas, no sorprende que en el único lugar donde el programa ha corrido su curso —Los Ángeles— no se ha encontrado una mejora discernible en la contaminación del aire, a pesar de la inversión masiva de energía pública y privada.<sup>13</sup> Incluso la problemática recolección de datos en Los Angeles se tornó instantáneamente obsoleta por el terremoto de enero de 1994, que desorganizó el sistema de las vías expresas y trajo cambios en el transporte y los patrones de vida mayores de los que cualquier sistema de regulación federal podría imponer. Es un recurrido hábito de los planificadores del gobierno asumir que si un sistema de regulación o de impuestos es bueno, entonces dos o más sistemas deben ser mejores. Aun aquí la triste y obvia verdad es que se obtiene un mejor y más confiable control de contaminación otorgando licencias (por la edad del vehículo) y poniendo impuestos (por galón de gasolina), que por medio de la costosa conducta requerida por la CAAA.

Las formas inapropiadas de intervención ambiental no caen dentro del exclusivo territorio de los reguladores federales. Los sistemas del Estado frecuentemente exhiben una determinación igualmente mal guiada al forzar la tecnología en nombre del control de la contaminación. Para citar un ejemplo, la ley de California requiere que, para 1998, dos por ciento de su flota de autos nuevos (aproximadamente cuarenta mil) sean vehículos de cero-contaminación (léase eléctricos).<sup>14</sup> El programa requiere los altos costos de una tecnología de punta, que deben ser recuperados aumentando los costos de los otros nuevos vehículos. El efecto total es reducir la medida de reemplazo de vehículos más antiguos los que, tanto por ser de diseños antiguos como por tener un mantenimiento imperfecto, producen niveles más altos de emisiones que los automóviles nuevos que usan el motor de combustión interna. El objeto del ejercicio de la polución es reducir la contaminación total de todas las fuentes a su más bajo nivel total por cualquier nivel de costo dado. La reducción de contaminación no se dará en algún pequeño grupo de automóviles, si esa reducción está anulada por los aumentos en contaminación que provienen de otras fuentes. ¿Quién necesita el falso simbolismo de un vehículo cero-contaminación cuando el efecto total del programa es gastar más recursos sociales adicionales para distorsionar un conjunto sano de incentivos contra

---

<sup>13</sup> IBATA, David. «State Business Groups Urge Lawmakers to Fight Commute Rules in Clean-Air». *Chicago Tribune*, 12 de enero, 1994, sección 2, p. 6. Asimismo, su «'Model' Smog-Busting Plan Flops: Local Firms Buck U. S. Law as Clear Air Deadline Nears». *Chicago Tribune*, 7 de enero, 1994, sección 1, p. 1.

<sup>14</sup> TAYLOR III, Alex «Why Electric Cars Make No Sense». *Fortune*, 26 de julio, 1993, p. 126.



la contaminación? Una vez más, un enfoque simple da mejores resultados que las más complejas iniciativas reguladoras que están frecuentemente de moda hoy en día.

## DE LA REGULACIÓN A LA COMPRA

Un supuesto implícito acerca de la lucha contra la contaminación es que el Estado puede usar sus poderes coercitivos, incluyendo el poder de crear impuestos, para evitar infligir daños externos a otros. Ninguna necesidad externa, sin embargo, limita los legítimos objetivos ambientales a la supresión de la contaminación. La exigencia del público de ciertas características ambientales atractivas no deben permanecer insatisfechas solo porque van más allá del control de la contaminación. Así como es posible comprar terrenos para un parque nacional, también es posible comprar convenios sobre los terrenos para restringir su uso por medio, una vez más, de procesos políticos bajo la sexta regla simple de tomar y pagar. El público puede tener lo que desea si está preparado para pagar por ello. La decisión de regular no va a obviar más a las partes reguladas. Las mayorías políticas no pueden maltratar por más tiempo a las minorías políticas. La prueba básica para una compensación justa —no tener un impacto desproporcionado en el financiamiento de las mejoras públicas— puede ser honrada en el área ambiental como en cualquier otra parte.

Tampoco es este un simple asunto de justicia entre el Estado y sus ciudadanos. Conlleva también consecuencias en torno de las adjudicaciones favorables. Dado que debe pagarse un precio económico, los defensores de la regulación se verán obligados a comparar los costos tangibles de la regulación con el conjunto de beneficios tangibles o estéticos que desee adquirir. Así como algunos terrenos no son comprados porque los costos son muy altos para el público, también algunas iniciativas reguladoras fallarán por la dificultad en justificar grandes gastos para ganancias transitorias o imaginarias. Y esto es bueno, porque no hay más mercancías gratis en las áreas ambientales que en cualquier otra parte. Ningún gobierno es omnipotente; ningún gobierno está libre de la influencia de facciones. Solamente los gobiernos perfectos deberían tener mano libre para decidir si regular o no, y ningún gobierno es perfecto. La solución de la compensación justa ofrece el mejor compromiso entre un gobierno excesivo y los derechos privados en el área ambiental, como generalmente lo hace. Tomar y pagar debe ser el enfoque exclusivo cuando el Estado no actúa para poner impuestos o para subrayar alguna mortificación de derecho común.

El enfoque apropiado para la protección ambiental maneja tres componentes básicos relacionados entre sí. El primero es regular no simplemente el daño ambiental en abstracto sino, también, las externalidades. El segundo es asegurar que un sistema sensible de regulación sea puesto en actividad cuando los daños son externos. El tercero es establecer sistemas de compensación cuando no los hay. Muy frecuentemente

estas restricciones son ignoradas en la práctica. Es útil dividir los casos concretos en dos categorías. La primera categoría trata con esquemas reguladores que expanden la definición de errores privados más allá de la mortificación del *common law*. La segunda trata con un sistema de soluciones públicas que se desvía del conjunto óptimo de reglas del *common law* en dicho asunto.

## LA NUEVA GENERACIÓN DE ERRORES PRIVADOS Y DERECHOS PÚBLICOS

### Minería superficial

Supongamos que un terreno contiene depósitos de carbón relativamente cerca a la superficie. La manera más eficiente y económica para extraer el carbón es retirar el nivel superior de suelo y vegetación con el fin de tener acceso directo al carbón. Después de todo, la tierra que ha sido retirada puede ser usada para volver a llenar la cavidad. El propietario particular rápidamente reconoce que cualquier esfuerzo para preservar un simple árbol en la capa superior de campo trabajado por capas será costoso e infructuoso. El mejor enfoque es remover el carbón rápida y económicamente, y preocuparse acerca de la restauración del terreno después.

La explotación minera por capas superficiales puede ser el preludio de serios daños físicos a otros. Cualquier alteración de la configuración del suelo y del patrón de descargas puede hacer que el flujo de agua, frecuentemente contaminado por alguna sustancia, sea mucho más peligrosa que antes. La acción por mortificación privada por daños o alguna orden legal de una corte es con seguridad la apropiada para estas pérdidas, como lo ha sido por siglos. Pero, en muchos casos, la intervención del Estado tiene que ser más agresiva. Los daños causados podrían ser irreparables, y podría ser muy difícil identificar al o a los propietarios del terreno responsables por contaminación en la primera instancia: un inevitable asunto de trabajo de detective en todos los casos de contaminación. En lugar de confiar en una clasificación defectuosa sobre la base de un juicio privado contra la operación minera, el gobierno, como *parens patriae*, puede conjugar ciertas clases de acción para detener las pérdidas antes de que ocurran.

Sin embargo, restaurar el terreno trabajado para la labor minera a sus *contornos originales* no es necesario para combatir estas enfermedades, a pesar de que la actual ley federal requiere esa restauración.<sup>15</sup> Los cerros y las laderas que existían cuando el trabajo de minería comenzó deben ser reemplazados completamente. Pero, ¿por qué? Con frecuencia es altamente costoso restaurar un terreno a sus contornos originales, especialmente si han sido transportados al lugar embarques de tierra y grava fresca

---

<sup>15</sup> Para una discusión, véase *Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Ass'n, Inc.*, 452 U. S. 264 (1981), que da soporte contra el desafío del Surface Mining Control and Reclamation Act of 1977.

para rellenar el volumen retirado por la operación minera. Esta costosa operación no ofrece incremento en el valor total del terreno y no protege a las otras partes de riesgo alguno de contaminación más amplia. Es improbable que los propietarios de los terrenos aledaños, en el caso de que se les ofreciera libre de cargas el terreno donde se dio la actividad minera, usen sus propios fondos, movidos por una preocupación estética, para restaurar el terreno a sus contornos originales, aun cuando tengan la voluntad de eliminar dicha distorsión estética. Ciertamente, el riesgo de contaminación más amplia puede aumentarse por las labores adicionales requeridas para restaurar el terreno a sus contornos originales. Frecuentemente es recomendable llenar el hueco, agregar alguna tierra en la parte superior y vender el terreno a una compañía forestal para su reforestación.

Una evidencia que apoya esta visión es que los contratos privados sobre minería usualmente necesitan una persona a quien entregar el terreno en alquiler para que restaure el sitio después de que los minerales sean retirados, pero raramente estos contratos requieren de una restauración que le cueste a la compañía minera más que las ganancias del dueño del terreno. ¿Por qué pagar 10X por X dólares de beneficios? Si el régimen legal establecido fuera ley (y decididamente no lo es), el mismo resultado se obtendría con la regulación pública. El Estado podría ordenar a un propietario a restaurar terrenos a sus contornos originales solo si estuviera preparado para compensarlo por el costo adicional y solo si estuviera preparado para compensar a los vecinos por las descargas adicionales resultantes de tal restauración. A ese precio, habría pocos que quisieran tomarlo, porque el precio es muy alto para los cansados contribuyentes que deberán asumirlo; otra ilustración de la disciplina instilada por una regla de tomar y pagar. Alternativamente, si los oficiales del Estado quieren bloquear el desarrollo totalmente, podrían hacer una reservación del terreno (si pagan el precio total del mercado en compensación) y revenderlo a un precio más bajo a los mineros que deseen permanecer a pesar de cualquier restricción impuesta por la vía contractual. De cualquier manera, no habrá voluntad de tomar programas costosos para ganancias públicas quiméricas. Las personas exigirán menos de los recursos por los cuales deben pagar y serán más selectivas en los recursos que escojan. Tendrán ahora, mediante el sistema de impuestos, un incentivo para hacer los cálculos marginales de valor relativo que están totalmente ausentes en cualquier sistema regulador coercitivo.

Tampoco puede ser atacada esta política sobre la base de que ella exalta el interés privado sobre el interés público. El interés público no es un bien abstracto sino la suma de intereses de todos los miembros del público, incluyendo los propietarios privados sujetos a regulación. El interés público no está atendido si se ignoran los intereses de cualquier miembro del público en el cálculo social. Irónicamente, una fuerte insistencia en compensación es más consistente con una visión comprensiva que la ley actual, que excluye a aquellos con retención privada de los cálculos sociales.



## Pantanos

Estas observaciones acerca de la actividad minera por capas nos llevan a la regulación de pantanos. Las decisiones judiciales más representativas en este asunto avalan la extensiva regulación del Estado en pantanos bajo el poder de la policía. No hay requerimiento de compensar a un propietario por la pérdida de uso, no importa cuán grande. Dentro de este juego de incentivos en acción, la magnificación política se convierte en la orden del día.<sup>16</sup> La inexorable meta de la mayor parte de los ambientalistas es la «no pérdida neta» de pantanos, sin importar la escasez de recursos de desarrollo que son retenidos. La política en cuestión está respaldada por referencias constantes a la fragilidad y la singularidad de todos los ecosistemas, como si ninguno hubiera alguna vez sobrevivido a las destrucciones de los huracanes, ciclones, volcanes, incendios forestales y los miles de otros peligros naturales que causan más destrozos que un ocasional campo de golf o un centro comercial.

Los pantanos no se definen por sí mismos, y los hay en todos los tamaños y grados. Cualquier terreno que se vuelve húmedo puede ser llamado pantano, con el resultado de que el borde superior de los mismos se mueve más y más alto por la ladera de la colina, y las clases de restricciones puestas en la cosecha de madera, en la excavación de minerales y en el desarrollo del terreno son más grandes en este caso de lo que serían si el mecanismo de precios operara por medio de la cláusula de compensación justa. Yo he trabajado en un caso en el cual el Departamento de Recursos Naturales (DNR) de Michigan designó como pantano a un ondulante aro dentro de una parcela de terreno de 230.670,45 m<sup>2</sup> adyacente a la carretera M-59, reduciendo un comercial sitio de negocios a un terreno inútil y baldío.<sup>17</sup> El juez ordenó compensación, pero el asunto está en apelación por el DNR de Michigan, que toma la posición de que mientras que permanezca alguna fracción de valor para el propietario, las pérdidas masivas de valor no son de consecuencia legal. El caso es solo uno de los muchos casos que pueden ilustrar las dificultades fundamentales en esta rama de la ley. El asunto de si la compensación es deficitaria está medido incorrectamente por lo qué se retiene y no por lo qué se toma. El resultado deviene en conocidas disputas acerca de si el propietario del terreno obtuvo una ganancia de la venta de una porción no relacionada de una parcela integrada antes de la designación de pantano o acerca de si es posible el desarrollo económico reducido del terreno dada la regulación y la amenaza de más regulaciones futuras.<sup>18</sup> La ley, por tal razón, siempre hace la pregunta equivocada y estimula el

---

<sup>16</sup> Véase *Just v. Marinette County*, 201 N. W. 2d 761 (Wis. 1972).

<sup>17</sup> *K & K Construction, Inc., v. Michigan Department of Natural Resources*, File n.º 88-12120-CM (11 de noviembre, 1992).

<sup>18</sup> Véase, por ejemplo, *Ciampitti v. United States*, 22 Cl. Ct. 310 (1991) —tierras elevadas y pantanos en una parcela simple—; *Jentgen v. United States*, 657 F.2d 1210 (Ct. Cl. 1981) —lo mismo—; y *Loveladies*

reclamo excesivo por parte del gobierno bajo un sistema de protección de pantanos por designación, que le permite actuar como si las pérdidas del propietario no fueran parte del cálculo social. No hay división entre aquellos que poseen terrenos que están en riesgo de adquirir la dudosa designación y las fuerzas políticas que controlan el proceso de designación. En consecuencia, resulta muy fácil para un grupo reclamar algún beneficio público a expensas de gastos para algún otro grupo.

Para ver el punto, note que el debate político sobre pantanos asumiría una forma muy diferente si los pantanos estuvieran equilibradamente distribuidos por el país. Por ejemplo, suponga que cada 100 individuos poseen 10 acres de terreno, solo uno de los cuales fue elegido para ser designado como pantano. Una regulación apropiada sobre pantanos, por lo menos, requeriría igual sacrificio de todos los miembros de la comunidad. Una ley de esta clase sería más difícil de pasar por mayoría de votos que si todos los 100 acres de pantanos potenciales estuvieran ubicados en el terreno de 10 propietarios, los que podrían perder por 90 contra 10 votos en el proceso político. El prorrateo reduce las ganancias de la legislación y fuerza a cada propietario a preguntarse si su ganancia privada compensa la pérdida en usos por la designación pantano: una cercana alternativa que podría fácilmente aparecer. Sabiendo cómo los efectos proporcionales debilitan la demanda por ley, deberíamos estar siempre alertados de los muchos peligros de la designación *selectiva* cuando esos terrenos no están equilibradamente distribuidos. Ciertamente, una función de compensación es igualar las cargas de designación de pantanos cuando los terrenos por sí mismos no están equilibradamente distribuidos y reducir así el manejo desperdiciado que viene ocurriendo bajo las vagas y arbitrarias definiciones de pantanos.

Todo esto no significa que la designación al prorrateo esté libre de peligros ocultos, porque nada nos asegura que aun cuando los pantanos estén así distribuidos, todos los 100 propietarios agregarán igual valor a la preservación de pantanos. Los ambientalistas pueden tener más voluntad que otros de aceptar restricciones: recordemos que el prorrateo formal es solamente una regla de mínima constricción para resultados justos y no puede responder completamente a los elementos subjetivos comúnmente presentes en cada caso. Así, en algún punto, ciertas consecuencias no anticipadas pueden tornar positivo gastar recursos para tener valorizaciones más precisas. Encontrar ese punto óptimo es un asunto difícil, en el cual es fácil errar debido a las diferencias que puedan aparecer. Pero la tarea crítica es crear el grupo correcto de incentivos estructurales en el gran número de casos.

Estos incentivos no pueden obtenerse una vez que el gobierno está liberado de la obligación de compensar a los propietarios. El sistema actual de permisos requeridos

---

Loveladies Harbor, Inc. v. United States, 15 Ct.Cl. 381(1988) —venta de una porción de una parcela con algunos pantanos—.

para el desarrollo de pantanos está abierto a todas las formas de exceso burocrático. Ha habido penas de cárcel para aquellos que, sin permisos, se han involucrado en la limpieza de llantas viejas previamente hundidas en terrenos privados o que trajeron arena limpia de construcción a los designados pantanos.<sup>19</sup> El sistema de permisos, así visto, parece ser un fin en sí mismo, totalmente divorciado de cualquier sistema sensible de control social, en el cual las sanciones no recaen sobre aquellos que causan los daños ambientales sino sobre aquellos que defienden imperativos burocráticos. Sin embargo, eso es exactamente lo que debería esperarse. Una vez que la línea de base cambia de «no mortificación» a «no desarrollo», la premisa no expresada es que el control estatal de todos los recursos domina la propiedad privada de esos mismos recursos. El viejo problema de tensión en las líneas de frontera es reemplazado por el problema masivo de coordinación y control. La propiedad colectiva de los medios de producción ha probado ser una falla de fabricación, así que ¿por qué tendría alguien que esperar que haga una mejor tarea en estos asuntos ambientales?

### Especies en peligro

El análisis de la protección que se le brinda a las especies en peligro sigue los mismos patrones. La ley actual protege a las especies en peligro de cualquier forma privada de disparo, entrapamiento o captura, pero sin compensar a los propietarios del terreno agraviados.<sup>20</sup> Nuevamente, el beneficio público ha sido tratado como una suficiente razón para negarles compensación.<sup>21</sup> Sin embargo, este hecho solo ofrece, en principio, una justificación para la invocación del poder de las expropiaciones con compensación. En ausencia de regulación estatal alguna, los individuos privados podrían capturar animales salvajes y ciertamente podrían protegerse a sí mismos de los daños que estos animales podrían causar a la tierra o a los animales domésticos. La prohibición contra la captura de animales es apropiada sin pago de compensación en efectivo con el objeto de prevenir la extinción de la población común. Pero si el gobierno federal quisiera alimentar osos *grizzly* con animales vivos, tendría que adquirirlos por compra. No está muy claro por qué tendría que obviar esa obligación, arrebatando a los propietarios ordinarios de terrenos sus derechos de defender sus propiedades de

---

<sup>19</sup> YANDLE, Bruce. «The Assault on Property Rights: Which Way Out?». Discurso dado ante la Oficina de la Asociación Americana de Granjas, basado en información proporcionada por Margaret Ann Riegle, Presidente del Comité de Equidad para los Propietarios de Terrenos.

<sup>20</sup> Endangered Species Act of 1973, Ley Pública n.º 93-205, estatuto 884, codificado como enmendado en 16. U. S. C. §§1531-1544.

<sup>21</sup> Christy v. Hodel, 857 F.2d 1324 (novenno circuito, 1988), criticado en «Note: The Endangered Species Act and Ursine Usurpations: Agrizzly Tale of Two Takings». *University of Chicago Law Review*, vol. 58, 1991, p. 1101.



una agresión externa para que los osos puedan escoger sus propias cenas. Al colocar un manto de protección sobre estos animales, se ha negado a los propietarios de terrenos sus derechos exclusivos de posesión y se debería pagar por ese privilegio, así como si se quisiera desarrollar especies raras de plantas en terrenos privados. Es difícil ver por qué las reglas deben ser diferentes cuando el Estado quiere preservar (frecuentemente de manera exagerada) las especies que encuentra en primer lugar.

La separación del poder y de la responsabilidad tiene las mismas consecuencias en el manejo de especies en peligro como ocurre en cualquier otra parte. Este hecho permite a los oficiales del gobierno, que están seguros en su propósito, ejercer su control de manera contraproducente. El mejor ejemplo de esto que yo he encontrado involucra la espuma-grass de Cuyamaca, una pequeña flor blanca que ha ingresado recientemente a la lista de especies en peligro.<sup>22</sup> Presionado para actuar, el Servicio de Pesca y Vida Salvaje (FWS) requirió por lo menos que un rancharo posponga el ingreso de ganado dentro de sus propios campos hasta que esas áreas con alta concentración de Cuyamaca sean cercadas y apartadas del ganado que pastaba. No interesó que tanto el ganado como las flores habían coexistido en los mismos campos por nueve años. Pero esta intervención del gobierno rápidamente se volvió otro ejemplo de la ley de consecuencias no anticipadas. Las flores en el área separadas por la cerca no florecieron, porque los pastos altos que las rodeaban bloquearon la luz solar. Las flores en las áreas no protegidas florecieron aunque algunas de ellas habían sido comidas. La intervención del FWS tomó en cuenta solo uno de los múltiples peligros para la planta y, consecuentemente, favoreció (con un sustancial costo privado) el preciso resultado que buscó evitar.

Es difícil abrirse paso por los campos sin sendas de la jurisprudencia anecdótica para saber exactamente cuán frecuentemente se han dado episodios de esta clase. Pero el número difícilmente puede ser pequeño dada la determinación con la que se puso en vigor el Acta de Especies en Peligro. La estructura de incentivos básicos creada por el acta —el Estado actúa; el ciudadano paga— es una invitación abierta a acciones públicas que imponen altos costos a los propietarios individuales de terrenos que buscan pequeñas ganancias públicas. Nadie está afirmando que la preservación de especies no es un propósito público. Sin embargo, por el mismo precio, nadie debería estar autorizado a afirmar que este propósito público no toma terreno y animales de uso privado, y los coloca dentro del dominio público. Una vez que se exige la compensación, entonces esta llevará a cabo su conocido doble efecto: evitará la injusticia de poner cargas pesadas en ciertos propietarios de terrenos para beneficio del público, y forzará a los oficiales públicos a decidir qué especies en peligro valen más la pena preservar, en qué hábitats, y a qué precio. Sin algunas restricciones en el dominio

---

<sup>22</sup> Véase VIVOLI, Mike. «Putting People Last». *CEI UpDate*, noviembre, 1992, p. 13.

público, nada evitará que la definición de una especie sea cada vez más estrecha, de tal manera que las subespecies —tales como la ardilla roja que contuvo la construcción del Observatorio del Monte Graham en Arizona— se dirá que requieren protección separada, salvo que se exhiban pruebas claras y convincentes de que existe en otra parte. El problema de los reclamos excesivos no se detendrá porque las especies únicas están siempre en peligro de extinción: esa ha sido por mucho tiempo la consigna mundial. Existe precisamente porque las especies en extinción son un fenómeno tan común que no debería ser usado como un garrote para derrotar a todos los usos rivales de nuestros recursos naturales.

### Hábitat

El problema de proteger el hábitat está cercanamente relacionado con el problema encontrado en la preservación de las especies en peligro y está sujeto a un análisis similar. Cuando los oficiales del gobierno pueden designar como protegidos ciertos lugares de vida salvaje, carecen de incentivos para determinar si las ganancias para el público justifican las pérdidas privadas. Peor aún, esas decisiones del Estado crean perversos incentivos para el propietario que descubre un hábitat valioso en su propiedad. Su reacción inmediata es una de consternación, pues aunque el valor social del terreno sea más alto con el hábitat que sin él, los usos ordinarios privados de ese terreno ahora pueden estar restringidos sin compensación. Mientras mayor sea el valor social del terreno, vale menos para el propietario, por lo menos bajo la ley actual. Debido a la agresiva intervención estatal, es probable que la respuesta del propietario sea socialmente contraproducente. Para el propietario bien asesorado, es mejor destruir el hábitat antes de que sea de público conocimiento. «Dispara, entierra y cállate» se vuelve la orden del día. De forma similar, la posición legal actual convierte un acto de peligroso heroísmo que un propietario mejore un terreno sin uso, de tal manera que se convierta, digamos, en un hábitat para un águila, dado que el gobierno puede impedir enseguida cualquier uso lucrativo de todos los terrenos cercanos al lugar del nido. Pero si el Estado debe pagar compensación para preservar el hábitat recientemente descubierto o creado, el propietario del terreno tiene un incentivo para hacer de conocimiento de los oficiales públicos ese hábitat con el fin de lograr un precio. Los fondos que se gastan hoy en día en amargas litigaciones serían mejor gastados comprando la protección de hábitats de los propietarios.

Típicamente, se puede llegar a un acuerdo sin invocación alguna de una manifestación de poder de dominio. Ciertamente, una ventaja del enfoque contractual es que estimula múltiples usos del terreno, dado que ambos lados tienen un incentivo para economizar en lo que ellos desean. El mismo patrón de conducta debería, y lo hace, resultar sin tener en cuenta quién es el propietario inicial del terreno. Las compañías



de petróleo, por ejemplo, podrían ganar revelando hábitats especiales en sus propiedades alquiladas; y de la misma manera, la Audubon Society podría negociar alquileres de petróleo en su Rainey Wildlife Sanctuary en Louisiana; de hecho, así lo hizo, tomando, en la negociación, regalías más bajas a cambio de un nivel más alto de precauciones, y enseguida invirtió las rentas en otros sitios.<sup>23</sup> Sin embargo, cuando la Society dirige su atención hacia los terrenos públicos, exige usos sencillos porque ya no puede cosechar el beneficio de los pagos colaterales. La cooperación se convierte en confrontación, no debido a alguna modificación en la naturaleza humana sino por el cambio en las estructuras de incentivo bajo las que operan todas las partes.

Podría preguntarse por qué el gobierno tendría que comprar hábitats que, para comenzar, podrían ser tratados como recursos públicos. Alternativamente, la conducta de los propietarios de terrenos podría juzgarse como una mortificación para la vida salvaje que depende de un hábitat determinado para sobrevivir. Sin embargo, esta extensión del argumento de la mortificación va más allá de la descarga de contaminantes en aguas de propiedad pública o privadas. Aquí, el error en cuestión es el rechazo a permitir el uso continuo del terreno para el almacenaje o limpieza de agua que son funciones que realiza el pantano. Pero decir que el terreno es de valor para otros no es decir que esos otros poseen el terreno o tienen interés en él. Si yo deseo almacenar mi aceite en su propiedad, normalmente tendría que pagarle un derecho por ese almacenaje. Si yo quiero que mis pájaros coman en su terreno, también debo comprar derechos. ¿Por qué entonces la purificación de agua es diferente solo por ser importante?

Aparte de comprar, el gobierno podría también reclamar que tiene derechos adquiridos sobre los hábitats ubicados en propiedad privada por largo uso desde la perspectiva de la doctrina legal de la prescripción. Esa doctrina permite que un individuo —que abierta, continua y notoriamente ha usado como camino una porción del terreno de un vecino— obtenga el título legal de ese terreno, después de que haya pasado el número de años requeridos. Pero la doctrina es tan limitada que los usos continuados que generan los derechos prescriptivos son solo invasiones y errores similares que el propietario pudo haber disfrutado desde el comienzo del período prescriptivo. Mi precaria dicha de ver sus jardines ingleses no le impide a usted ararlos. Yo no tuve derecho sobre los jardines para comenzar y no pude adquirir ninguno por prescripción con solo mirarlos: una conducta que usted nunca pudo haber impuesto en primer lugar.

No hay razón para desviarse de los principios generales al tratar sobre asuntos de hábitat. El hábitat puede haber sido usado por años por ciertos animales. Sin embargo, ese patrón de conducta natural no cambia el balance legal entre el Estado y el propietario privado; así el propietario haya conocido o no ese uso. En ningún otro

---

<sup>23</sup> Véase ANDERSON, Terry L. y Douglas R. LEAL, *Free Market Environmentalism*, 1991, pp. 90-94.



contexto ocurre la doctrina de la prescripción con una construcción tan amplia. Sin embargo, una vez que el gobierno está autorizado a efectuar esos reclamos por hábitat sin compensación para el propietario, está usurpando el desarrollo de los derechos privados a la vista de las expectativas establecidas que corren en la dirección opuesta. Una vez más, la discusión no es únicamente acerca de temas de equidad, porque los temas sobre el uso eficiente del terreno también están estancados. ¿Qué razón hay para estimular a los propietarios de terrenos a bloquear las vistas que tienen los vecinos de sus terrenos con el objeto de preservar sus propios derechos futuros de desarrollo? De lejos, el mejor enfoque es proteger el derecho a desarrollar sin forzar a que el desarrollo ocurra. El propietario privado de terrenos que quiere protección permanente puede comprar el terreno o celebrar un convenio que restrinja el desarrollo. El gobierno que desee preservar el hábitat puede comprar sitios seleccionados. Con el presente sistema coercitivo, cualquiera que cree voluntariamente un hábitat podría incluirse dentro del alcance del poder de las regulaciones del gobierno. Así, los esfuerzos para drenar lagunas estancadas o para plantar vegetación atractiva podrían fácilmente redundar en la desventaja reguladora de gente que ha hecho mejoras con su propio gasto. Un sistema de coerción no puede evitar estas trampas; pero un sistema que requiere al gobierno que pague por los hábitats que toma, estimula la creación y preservación voluntaria de hábitats por parte de propietarios privados.

## SOLUCIONES PÚBLICAS PARA MORTIFICACIONES ADMITIDAS

### Responsabilidad y limpieza

Las dificultades de la protección ambiental se extienden más allá de las definiciones genéricas que se dan a los derechos públicos y a las correcciones privadas. Frecuentemente se extienden a los métodos que son utilizados para controlar formas admitidas de contaminación. Muy a menudo (como es el caso con los pantanos) se les otorga a las fuentes admitidas de contaminación excepciones especiales a la regla general: ¿qué sentido hay en permitir a los granjeros escapar de toda responsabilidad por extensos derrames de fertilizantes en aguas públicas? El relajamiento de las reglas del *common law* sobre mortificación para proteger a la industria o la agricultura no es mejor que la extravagante expansión de la responsabilidad en otros escenarios.

Pero ese penoso curso de acción se realiza bajo la actual ley Superfund, que comete todos los grandes errores imaginables al establecer el sistema de responsabilidad para controlar desechos tóxicos y derrames.<sup>24</sup> No puede haber desacuerdo en las

<sup>24</sup> Para el interés de grupos políticos, véase LANDY, Mark K. y Mary HAGUE. «The Coalition for Waste: Private Interests and Superfund». En *Environmental Politics*.

características de estricta responsabilidad de la ley, pero sus otras provisiones son de lejos más destructivas. Con sentido crítico, la ley desdeña la solución obvia de hacer al propietario de un sitio de desechos la única parte responsable por descargas desde ese sitio y requerir que él se adelante u obtenga un seguro para cubrir pérdidas potenciales. En su lugar, la ley hace responsables, solidaria e igualmente, a todas las personas con alguna conexión con el sitio, sin importar cuán débil es su contacto: operadores de sitios de desechos, generadores de desechos, embarcadores de desechos, prestadores y previos propietarios son todos demandados posibles (o «partes potencialmente responsables» en el argot actual), especialmente si tienen mucho dinero. El exceso resultante corta cualquier conexión entre la gravedad del error de una parte y el precio que tiene que pagar. La imposición de responsabilidad retroactiva por actos que se completaron antes de la aprobación del estatuto rompe las expectativas sin crear incentivo alguno para la reducción de la contaminación. Esta situación también convierte en un acto de heroísmo comprar un sitio o, peor aún, aceptarlo como una donación de caridad. Como referencia a futuro, una parte que reduce sus contaminantes en 99 por ciento no recibe virtualmente ningún beneficio por sus labores, porque todavía puede ser declarado completamente responsable por los pecados de los incontables otros que cohabitan en el mismo sitio de desechos. La enojosa y bulliciosa disputa legal hace completamente posible juntar como demandados a cientos de partes separadas, cada uno de los cuales tiene un incentivo para negociar lo más antes posible y escapar, sin importar lo serio de su propia conducta. Gastar millones por litigación, pero ni un centavo por limpieza es solo una ligera exageración; pero una limpieza sensata se difiere frecuentemente hasta que se resuelvan las prolongadas disputas sobre responsabilidad. De los 30 mil millones de dólares gastados en el programa en los últimos trece años, menos de un tercio estuvo dirigido para trabajo de limpieza, y cerca del mismo importe fue para los abogados.<sup>25</sup> Aun una vez que se comienza con la limpieza, es probable que se prolongue excesivamente porque nadie hace la pregunta crítica: si estas pérdidas fueran causadas por desastres naturales, ¿valdría la pena gastar fondos públicos para pagar por la limpieza? Intentar un regreso a la condición original (como fue el caso, por ejemplo, con el derrame de petróleo del buque «Exxon Valdez») no solamente ignora la ley de los retornos disminuidos, sino que también aumenta el riesgo de contaminación a partir de los poderosos agentes químicos usados en la limpieza.

---

<sup>25</sup> BUCKRO, Casey. «EPA Out to Clean Up 'Ridiculous' Situation». *Chicago Tribune*, 11 de abril, 1994, sección 4, pp. 1-2. La historia presenta un juicio acerca de limpieza de un sitio en Kalamazoo, Michigan, en el cual 741 partes fueron unidas como demandados potenciales. La práctica del EPA es demandar a las grandes corporaciones y permitirles la mortificante tarea de traer al proceso terceras partes más pequeñas.

## Carbón sucio / aire limpio

La ley Superfund nos enseña la lección de que un final ambiental válido no garantiza una legislación ambiental sólida. Esa lección se manifiesta nuevamente con la regulación de emisiones de azufre bajo el Clean Air Act (Acta de Aire Limpio) de 1977.<sup>26</sup> El carbón del este que se excava en West Virginia y Ohio es de lejos más sucio que el carbón del oeste que se excava en Wyoming y Utah. Un sistema de derechos de emisiones negociable produce una enorme ventaja de precio para el carbón del oeste con su bajo contenido de azufre. Propiamente implementado, este sistema regulador reduciría el uso y el precio del inferior carbón del este al mejorar la producción total, pero trasladando dramáticamente riqueza del este al oeste. La coalición aire limpio/carbón sucio fue una ingeniosa (y tal vez corrupta) alianza entre los ambientalistas y los mineros de carbón del este. En lugar de usar los derechos negociables de emisión (o explicar límites en el monto de emisiones de carbón), la *Clean Air Act*, aprobada bajo presión, necesitó un porcentaje constante de reducción del nivel de azufre sin tener en consideración el nivel inicial de contenido de azufre del carbón. En la práctica, cumplir con estos patrones requirió la instalación de limpiadores de planta (una forma de tecnología de comando y control). No se hizo nada para gravar los niveles residuales de contaminación después de cumplir con la ley.

El efecto total de la ley fue reducir la contaminación, cumpliendo el deseo de los ambientalistas. Sin embargo, esa reducción se produjo a un costo social innecesario. Bajo la legislación, los costos privados de reducir la contaminación de cien a diez fueron idénticos a aquellos para reducir la contaminación de 10 a 1, aunque la ganancia social de la primera acción superó de lejos la ganancia de la segunda. Esa regulación rompió la conexión entre el daño público y el costo privado al preservar los precios *relativos* de carbón limpio y carbón sucio. Esta estrategia reguladora eliminó cualquier ganancia para los usuarios finales a partir de su compra de carbón bajo en azufre, que es lo que los productores del este deseaban. La solución de los limpiadores de planta dictada por el enfoque de porcentaje está equivocada por ambos lados: el carbón limpio no la necesita, y el carbón sucio, cuando ha sido limpiado, aún está muy sucio. La transferencia de riqueza desde los proveedores del oeste a los proveedores del este se obtiene a un costo social total que se mide en miles de millones de dólares, sin virtualmente ningún beneficio ambiental.

Otras formas insensatas de regulación ambiental replican los mismos errores. Muy frecuentemente se posterga la construcción de nuevas plantas debido a la litigación

---

<sup>26</sup> Para la exposición clásica, véase ACKERMAN, Bruce A. y W. T. HASSLER. *Clean Coal / Dirty Air, or How the Clean-Air Act Became a Multi-Billion Dollar Bailout for High Sulfur Coal Producers and What should Be Done about It*, 1981.



ambiental, a pesar de que ellas operen a niveles de contaminación más bajos que las plantas que irán a reemplazan. Este perverso resultado no ocurre bajo un sistema de cuotas transferibles, pero puede ocurrir fácilmente si por cada nueva planta se requiriera una aprobación previa de construcción. ¿Por qué estimular un juego de gallina en la esperanza de que la planta antigua cerrará mientras que la nueva todavía no se abre? Los derechos transferibles ayudan a evitar esta posición de peligro cuando autorizan que, tanto la nueva planta como los ambientalistas, puedan comprar cuotas de las plantas existentes. En otros casos, las regulaciones mayores son utilizadas para controlar el nivel de emisiones peligrosas cuando están de por medio ciertas precauciones de poco valor. Consideremos, por ejemplo, el caso de la lluvia ácida, a la cual se le ha culpado equivocadamente de muchas enfermedades.<sup>27</sup> El daño local es frecuentemente atribuible a causas locales y la mayor parte del daño, sin considerar su fuente, puede ser neutralizada por pequeñas dosis de carbonato de calcio. La situación difícilmente requiere la imposición de mayores obligaciones financieras bajo el Clean Air Act para reducir el nivel de emisiones de dióxido de azufre (SO<sub>2</sub>).

La pregunta es qué se puede hacer para controlar las fallas del proceso político: la exhortación, la exposición o la recriminación no lo lograrán, debido a que las barreras son muy altas y la fuerza de los intereses de los grupos políticos es muy poderosa para extraer algún efecto discernible. Solo una solución constitucional tiene alguna oportunidad de éxito a largo plazo. Recordemos que, si bien las justificaciones del poder político para las regulaciones del Estado en la propiedad privada están en su más alto nivel respecto a los riesgos de contaminación, el poder político también requiere que el Estado escoja medios razonablemente apropiados para obtener el fin establecido. Nunca se alcanza el segundo requerimiento cuando las técnicas escogidas reflejan los complejos tratos del grupo de interés que domina la legislación ambiental. El Estado puede tener amplio campo de acción para decidir si desea comenzar con emisiones de azufre o de óxido nitroso, pero no hay base racional para preferir un sistema costoso que ocasiona una pequeña reducción en la contaminación cuando una alternativa no costosa ofrece una mayor. El porcentaje de reducciones del *Clear Air Act* debe bajarse a terrenos constitucionales, porque el único terreno permisible de discreción es si se debería incurrir en mayores costos para obtener resultados de grandes reducciones en contaminación. De modo similar, es imposible sostener la imposición retroactiva de responsabilidad bajo la ley Superfund o las grotescas reglas de responsabilidad que cargan a un aparente contaminador los pecados de otro. Por lo menos, se debería requerir del Estado que iguale los impuestos o la responsabilidad a los niveles aproximados del daño causado.

---

<sup>27</sup> Véase ANDERSON, Terry L. y Donald R. LEAL, *Free Market Environmentalism*, 1991, pp. 155-159, para un sumario de la evidencia, que incluye el extenso reporte del National Acid Precipitation Assessment Program.

La invalidación constitucional de estas leyes dejará sin efecto muchas propuestas legislativas complejas, pero difícilmente llevará a un desastre político o ambiental. Las soluciones del *common law* a los daños o mandatos están aún disponibles, y el Estado retiene amplias facultades para aprobar leyes sensatas dirigidas al riesgo de contaminación: cualquier forma de programa de emisiones negociables, por ejemplo. Pero hasta que la Corte Suprema revierta su actual posición de extrema deferencia hacia el razonamiento legislativo en todos los asuntos ambientales, la rectificación constitucional de la situación actual permanecerá tan elusiva e inalcanzable como la política misma. Es realmente una lástima cuando las reglas simples necesarias para un control social efectivo están tan a la mano.

### LA DETERMINACIÓN DEL USO DE TERRENOS PÚBLICOS

También surgen asuntos de protección ambiental en el manejo de los terrenos públicos ahora en poder de los gobiernos federal y estatal. En el nivel más abstracto, el cambio de propiedad privada a propiedad pública no altera el objetivo final: maximizar el valor neto de todos los usos del terreno, tomando en cuenta las pérdidas ambientales atribuibles a las actividades productivas. Pero las técnicas para alcanzar ese fin social son necesariamente bastante diferentes. Al tratar con terrenos privados, dos grandes cuerpos normativos, el *common law* de mortificaciones y la prohibición constitucional contra expropiaciones, tienen pautas manejables para alcanzar soluciones sociales perceptibles. Estas técnicas, sin embargo, no llevan el análisis muy lejos en terrenos públicos. Sin duda el Estado no debería estar autorizado para crear mortificaciones en los terrenos que posee y opera. De modo similar, el Estado puede interponer acciones mortificantes cuando sus terrenos y aguas son contaminadas. Pero en la mayoría de los casos, la pregunta crucial se refiere a la mezcla de usos en los terrenos del Estado, todo dentro de los límites de la ley sobre mortificaciones. Ahora, el gobierno es el propietario, y no una persona externa no invitada que trata de forzar su entrada. Como real propietario debe tomar decisiones muy sensatas para el uso de los recursos. Así como la ley de perturbaciones provee poca ayuda, también las protecciones constitucionales para la propiedad privada no proveen una asistencia verdadera en la determinación del uso de los terrenos públicos: el Estado no puede tomar de los particulares lo que ya posee. La gran tentación es permitirle al Estado, como propietario, hacer lo que quiere.

Sin embargo, esta analogía entre propiedad privada y pública es profundamente imperfecta.<sup>28</sup> La diferencia clave reside en la identidad del propietario: el propietario

---

<sup>28</sup> Sobre las diferencias entre expropiaciones y negociaciones con el gobierno, véase EPSTEIN, Richard A. *Bargaining with the State*, 1993.



privado ordinario puede tomar, sujeto a las restricciones externas de la ley de daños, decisiones que maximicen su valor privado. Los daños infligidos a sí mismo no pueden avalar una intervención legal porque ese propietario, soportando todos los costos y recibiendo todos los beneficios, tiene el correcto incentivo para tomar decisiones trascendentales.

Esa conclusión optimista, de cualquier manera, no puede ser llevada a los terrenos públicos, que no están poseídos por un individuo común, sino que son tenidos por el Estado, como apoderado de todos los miembros del público en general. En propiedad pública, el gobierno como tal nunca actúa. En lugar de eso, todas sus acciones son tomadas por individuos, ninguno de los cuales tiene derechos definidos en la propiedad, ya sea individual o colectivamente. Pero esta evidente deficiencia de claros derechos de propiedad entre los ciudadanos no reconcilia, como por arte de magia, los usos incompatibles del terreno. En lugar de esto, simplemente conlleva amargas disputas entre usuarios individuales en el proceso administrativo, en el que es difícil decidir qué uso del terreno debe preferirse y por qué. Estas riñas entre ciudadanos pueden fácilmente degenerar en batallas campales similares a aquellas que surgen entre socios, accionistas o tenedores conjuntos ordinarios. El derecho de excluir extraños puede ser la marca símbolo de la propiedad privada, pero ese principio es inútil cuando ninguna parte tiene el derecho de excluir a otra y cada uno tiene que respetar los «iguales derechos» de otros a ocupar y usar el terreno. Ahora que las buenas cercas ya no hacen buenos vecinos, los desacuerdos pueden escalar rápidamente a confrontaciones cuando un propietario quiere cortar árboles que el otro quiere preservar, salvo que lazos contractuales fuertes o acuerdos sustanciales mantengan a los copropietarios trabajando hacia el propósito común. Encontrar una adecuada provisión por defecto después de la erupción del desacuerdo es frecuentemente un ejercicio vano, especialmente cuando está contemplándose un cambio en el uso del terreno.

El problema de coordinación se exagera en la esfera pública porque el Estado es incapaz de reducir el alcance de los conflictos potenciales, seleccionando su junta de propietarios o permitiendo a los propietarios que están en desacuerdo con la decisión colectiva vender sus intereses a otros que sí están de acuerdo. Dado que los ciudadanos no pueden cambiar, hay una mayor tendencia a luchar. La tarea pública, por esta razón, es evitar sobredimensionar su alcance cuando no hay una línea base obvia para los intereses fraccionados que tiene cada ciudadano. Cuando una persona contamina terrenos públicos, todos los otros copropietarios sufren; cuando una persona hace ciertos usos de terrenos públicos, todas las otras están excluidas. Mientras haya escasez, habrá conflicto.

¿Cómo deben resolverse estos conflictos? Un enfoque reconoce las distintas preferencias de muchos ciudadanos del Estado e impone a su equipo administrativo la responsabilidad de recoger información acerca de las preferencias de los ciudadanos para saber si ellos son capaces de alcanzar una satisfacción simultánea y, si es así, de



qué manera. El proceso administrativo guía la selección colectiva. Este proceso, sin embargo, conlleva la enorme desventaja de inducir a cada uno a sobrestimar las preferencias y subestimar los costos. Dado que nadie paga precio alguno por un reclamo exagerado, cada uno debe calcular: «Yo sé los fines que escogí; ahora, el medio para alcanzarlo es sobrestimar la intensidad de mis preferencias e indicar que solo un resultado es aceptable para mí. Si la otra parte hace lo mismo, entonces yo he neutralizado sus tácticas. Si no hace lo mismo, entonces yo me he asegurado una clara ventaja». Hay, en consecuencia una estrategia dominante simple: una solución antisocial al juego del dilema de este prisionero. Todo lo que los ambientalistas necesitan anunciar es que consideran el ambiente en su estado natural como sagrado, y atribuir cualquier forma de alteración con un significado de corrupción. Los productores y los mineros deben tomar posiciones igualmente extremas en cuanto a alojamiento y empleos. Ambos lados sabrán que si ellos tienen éxito, los costos de su negocio serán llevados en parte por aquellos que se oponen a su posición.

La continua controversia sobre la protección del búho moteado, que vive en los bosques madereros de terrenos públicos en la zona del noroeste del Pacífico, ilustra la destructiva dinámica de este debate. ¿Hay acaso una moraleja imperativa para preservar un hábitat grande para los búhos detectados, aun a la vista del poco conocimiento que se tiene sobre su población y sobre los mínimos pasos necesarios para la protección de esa especie? ¿O es necesario cortar la madera para la continua vitalidad del noroeste del Pacífico y su industria maderera? El proceso político conduce a grandiosos reclamos de necesidad ambiental y horribles predicciones de estancamiento económico. El proceso actual de toma de decisiones trata el valor del primer acre de terreno público como el valor del último acre, y ello hace imposible adquirir información como la que se obtiene del valor marginal de cada acre en sus usos alternativos.<sup>29</sup> El resultado es la propuesta de que 6,9 millones de acres de bosques madereros vírgenes deben ser dejados de lado para proteger al búho moteado; no hay esfuerzo para distinguir entre trechos vírgenes de viejo crecimiento y otros trechos que han sido comprometidos por cortes previos; no hay esfuerzo para examinar si la madera de segundo crecimiento puede también proporcionar un hábitat apropiado para el búho moteado. Existe un incentivo inaceptable para subestimar el número de búhos en el campo y su vigor, porque ello debilitaría el caso para mantener los terrenos intactos. A no ser que haya un sistema de licitación —abierto a aquellos que protegen como a los que derriban árboles—, las fallas políticas serán ineludibles, sin importar las inútiles, aunque publicitadas, acciones de las «Reuniones Cumbre sobre Madera», cuyos pronunciamientos colectivos son inaceptables alrededor del mundo.

---

<sup>29</sup> Véase LEAL, Donald R. «Unlocking the Logjam over Jobs and Endangered Animals». *San Diego Union-Tribune*, 18 de abril, 1993, p. G-4.

El alto y sostenido nivel de la retórica política, en consecuencia, bloquea los usos mezclados o moderados de los cortes de la madera. Pero supongamos que los cortes deban ser hechos: ¿cuál sería la cantidad de acres y por qué? Los propietarios privados tienen incentivos para cosechar la madera que es fácil de reemplazar y que puede ser retirada causando un pequeño daño a otras partes de su propiedad, pero las compañías que cosechan madera en terrenos públicos cuidan poco el valor de reemplazo de la madera que cortan. Peor aún, como no poseen el terreno sin reservas, les importa muy poco el daño que sus cortes causan al bosque mismo. Las mismas compañías que cosechan sus propios terrenos con miras a un uso recreativo tomarán mucho menos cuidado al cosechar en terrenos públicos, ya que ellos no obtienen ninguna ganancia de la buena agricultura y sí obtienen todas las ganancias de un corte rápido. Es insuficiente tener usos mezclados; los usos deben estar bien coordinados.

Cualquiera puede tomar ventaja del laxo e ineficiente manejo público de los terrenos. Los parques nacionales ofrecen cómodos alquileres de concesión a compañías sin licitaciones competitivas. Los derechos por campamentos se venden a una pequeña fracción de su valor de mercado, de forma tal que colas exageradas, reminiscentes de las que se hacían por la gasolina en los años setenta del siglo pasado se forman rápidamente. Las ineficiencias de los propietarios públicos no están limitadas a temas de acceso y precio. Nuestro principal constructor de carreteras, el U. S. Forest Service, es capaz también de infligir serios estragos en las prácticas religiosas. Cuando el Forest Service construyó una carretera a través de terrenos sepulcrales sagrados de tres tribus indias (los indios Yurok, Karok, y Tolowa), la Corte Suprema, en *Lyng* contra Northwest Indian Cemetery Protective Association, desestimó los reclamos libres de las tribus: «Cualquier derecho que los Indios puedan tener sobre el uso del área, sin embargo, no despoja al gobierno de su derecho a usar lo que es, después de todo, *su* terreno». <sup>30</sup> El gobierno es tenido como el absoluto titular de la propiedad en cuestión, dotado con un poder más fuerte para excluir que aquel acordado hoy para propietarios privados. El pronunciado cambio en la tenencia de beneficios está totalmente suprimido, en parte debido a la doctrina tradicional de que el uso prolongado no genera derechos prescriptivos contra el gobierno. Se vuelve evidente que los cambios en el patrón de uso, totalmente divorciados de los cambios en la propiedad formal, pueden resultar ser grandes golpes de suerte (para los madereros) y derrotas (para los indios) en terrenos públicos, y estos intempestivos cambios de suerte, a su vez, incitan presiones políticas inflexibles para redirigir el uso de los terrenos públicos.

El estatus preeminente convenido sobre la propiedad del gobierno no es bien visto por los que apoyan un gobierno limitado. Los propietarios privados normalmente tendrán el poder absoluto de exclusión solo cuando la presencia de alguna fuerza rival

---

<sup>30</sup> *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 485 U. S. 439 (1988).



los fuerce a actuar en un ambiente de mercado. El gobierno, por el contrario, tiene un poder monopólico para afirmar que no está sujeto a limitaciones paralelas, aunque dicha facultad acarree muchos mayores riesgos de conducta errónea o insensibilidad religiosa o étnica. En un nivel constitucional, sería posible (aunque no en el estado actual de la opinión pública y la doctrina judicial) revitalizar la clásica doctrina de poder público para deshacer el naufragio doctrinal del caso *Northwest Indian*. Desafortunadamente, por un lamentable cambio, la doctrina de poder público de hoy es vista como una limitación en los usos que los propietarios privados pueden hacer de sus propios terrenos, de los que se entiende serán retenidos mayormente por el público en general.<sup>31</sup> Pero, más sensatamente entendida, la doctrina de poder público debería limitar los usos de terrenos públicos por el gobierno. Como mínimo, esto debería requerir el reconocimiento de los derechos prescriptivos e impedir alquileres benevolentes y ventas de recursos del gobierno. En una palabra, esta doctrina debería operar como una especie de inversión de la cláusula de dominio eminente: «no se dará propiedad pública a los usuarios privados sin compensación justa». Esa doctrina motivaría la privatización de los terrenos públicos o las edificaciones por medio de licitación competitiva y no mediante remates públicos.

No obstante, aún quedarían obstáculos. El recurrir al mercado no explica qué activos deben ser licitados o cómo deben ser empacados; surge también, en este contexto, el problema que enfrenta la *Resolution Trust Corporation* al negociar con los activos de ahorros de bancarota y las asociaciones de prestamistas. ¿Se venderá el terreno en una parcela grande o en varias pequeñas? Alguien tiene que contratar un consultor gerencial o un consejero de inversión. Tampoco explica la privatización quién puede ser elegible para ser postor. En un sentido, este hecho, realmente, no parece importar. Si los terrenos públicos se venden sin reservas a las compañías petroleras, estas pueden hacer tratos con grupos ambientalistas para proveer hábitats por pagos en efectivo. Por su lado, los grupos ambientalistas pueden seguir a la *Audubon Society* y vender derechos de perforación que están sujetos a varias restricciones, pero emparejados con una reducción en el pago de regalías. Mientras los costos subsecuentes de transacción sean bajos, las aguas encontrarán su propio nivel.

Pero la privatización por subastas puede encontrarse con la oposición de los grupos ambientalistas, que reclaman su falta de recursos financieros necesarios para ser postores que puedan competir contra grandes corporaciones. Como un asunto de hecho, el reclamo puede ser discutible, porque los presupuestos de los principales grupos ambientales exceden los 500 millones de dólares por año, un monto que podría incrementarse si el dinero fuera gastado en adquisición y no en litigación. Adicionalmente,

---

<sup>31</sup> Para un recuento de la evolución de la doctrina, véase COHEN, Lloyd. «The Public Trust Doctrine: An Economic Perspective». *California Western Law Review*, vol. 29, 1992, p. 239.



muchos propietarios de terrenos estarán muy contentos de ceder propiedades a los grupos de conservación (la Audubon Society, la Nature Conservancy y la Sand County Foundation son tres programas activos) bajo transferencias que excluyan todo desarrollo. Sin embargo, aun si estas fuentes privadas no agotan completamente la preocupación por la protección ambiental, el apoyo del gobierno a las causas ambientales puede combinarse todavía con alguna forma de disciplina de mercado usando el conocido plan de «emparejar»: la deducción de caridad. Las organizaciones ambientales calificadas (grupos que pueden ser descritos tanto como lo son hoy) pueden competir por contribuciones deducibles basadas en sus programas para adquisición y manejo de recursos, incluyendo su voluntad para negociar activos, entrar en *joint ventures* y permitir usos mezclados de terrenos (los museos enfrentan problemas similares). Usar este sistema ayudaría a anticipar la política divisionista de la toma de decisiones ambientales y, al mismo tiempo, generaría información acerca de la intensidad y distribución de las preferencias del público. Algunas dificultades entrarán furtivamente en este proceso revisado, pero difícilmente podrían ser más severas que las deficiencias del actual proceso político. Al final, la gerencia pública presenta más dificultades que sus alternativas privadas. Dentro de la esfera pública, las reglas simples tienen algunas limitaciones ineludibles que se resuelven mejor al cambiar el prejuicio de propiedad pública a propiedad privada de los recursos naturales.

## CONCLUSIONES

### Los desafíos a las reglas simples

LA MISIÓN MÁS IMPORTANTE de este libro ha sido articular un punto de vista sobre las reglas legales. Su mensaje básico es claro: dada la dominante constricción que nos impone la escasez, se insiste en que cada nueva idea legal pague su inclusión por medio de algunas mejoras en la asignación de recursos sociales. Muy frecuentemente, el derecho actual hace justamente lo opuesto: hace reglas más complejas que impiden la eficiencia productiva de la sociedad que regula. El resultado final de este libro son las reglas simples que ya se han identificado: autonomía («propiedad sobre uno mismo»), primera posesión, intercambio voluntario, control de la agresión, privilegios limitados para casos de necesidad y compensación justa para las expropiaciones de propiedad privada, con reticencia hacia la redistribución bajo la estructura de los impuestos simples. Las cuatro primeras reglas están diseñadas para establecer las relaciones básicas entre las personas y el control de estas sobre las cosas; y las dos siguientes reglas, para evitar los problemas de coordinación que quedan en un mundo de fuertes derechos de propiedad y contratos privados. La empresa entera busca minimizar los errores que surgen de estas dos fuentes. Este sistema ejerce su acción sobre la producción y sobre los ámbitos individuales de elección y control. Diseña sus reglas para A, B, y C, y sus amigos, y no admite privilegios o intereses especiales. La protección de los ricos porque son ricos, o la protección de intereses ocultos por ser de individuos poderosos, no es parte del plan general. Si la gente con gran riqueza o influencia no puede continuar proveyendo bienes y servicios que otros quieren y necesitan, entonces habrán de ver sus propios ingresos disminuidos en un mundo gobernado por los principios legales esquematizados aquí. La riqueza puede heredarse, pero no el privilegio del éxito. Este simple conjunto de reglas legales no contiene favoritismos.

Esta historia, tal como ha sido contada hasta ahora, contiene muchas omisiones importantes. En este punto, permítaseme considerar seis objeciones comunes a este enfoque que han sido consideradas antes y que, sin duda, surgirán nuevamente. Estas son las acusaciones de que: (1) el sistema es precisamente demasiado débil, porque se apoya en una noción inarticulada de preferencia, que no reconoce que las preferencias privadas no son «dadas» o «exógenas» sino que están, de hecho, influenciadas por las

normas legales que regulan la conducta humana y que influyen en la conducta individual; (2) el sistema no filtra preferencias ilegítimas; (3) el sistema no satisface los requerimientos de justicia; (4) el sistema exagera el rol de los individuos; (5) el sistema se preocupa mucho por el cálculo de las ganancias y pérdidas, y no lo suficiente sobre el lugar de la virtud en el sistema general; y, (6) que, en una actitud más práctica, ignora los complejos temas del cambio social, en tanto que este afecta la naturaleza de la libertad individual y los derechos de propiedad. Es mejor responder a estos cargos uno por uno.

### PREFERENCIAS ENDÓGENAS

El más grande de los escritores clásicos de teoría política comenzó su trabajo no con reglas legales sino con consideraciones de motivación y psicología humana. *Leviatán*, de Hobbes, no propone la aceptación de una soberanía absoluta sino hasta que desarrolla una explicación del interés individual y la conmoción que trae la anarquía. El tratamiento de la economía política de Locke en los dos *Treatises of Government* sigue a su *Essay Concerning Human Understanding*, dedicado a la psicología y a la epistemología. Igualmente, el *Treatise of Human Nature* de David Hume, trata un sentido de «interés propio y generosidad limitada» como el predicado para sus tres reglas simples de obligaciones personales: la estabilidad de la posesión, la transferencia por consentimiento y el cumplimiento de las promesas.<sup>1</sup> Y unos diecisiete años antes de escribir *The Wealth of Nations* en 1776, Adam Smith, enfatizó, en *The Theory of Moral Sentiments*, el dominio de los intereses propios del individuo en la conducta de la vida humana.

No es un accidente que estos escritores clásicos cuyas posiciones mayormente defienden con vigor la propiedad privada y la libertad de intercambio, comiencen todos con la misma visión simple de los principales motivos psicológicos de la conducta humana. Tampoco es un accidente que todas las críticas a las economías de mercado, desde Marx hasta el presente, rechacen la pareja de postulados de preferencias estables e interés individual, solo para reemplazarlos con consideraciones de motivación humana que son tanto más complejas como menos persuasivas.<sup>2</sup> Una influyente corriente de pensamiento en esta tradición argumenta que el contenido de las reglas determina la naturaleza de las preferencias del individuo, de tal manera que es imposible concebir reglas legales e instituciones sociales para satisfacer un conjunto predeterminado de

<sup>1</sup> HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. Libro III, § 6. (Edición de L. A. Selby-Bigge, 1888)

<sup>2</sup> Véase ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, 1979; SUNSTEIN, Cass R. *The Partial Constitution*, 1993, capítulo 6; y SUNSTEIN, Cass R. «Endogenous Preferences and Environmental Law». *Journal of Legal Studies*, vol. 22, 1993, p. 217.



preferencias humanas en un mundo de información imperfecta y altos costos de transacciones. Una y otra vez, se nos ha dicho que los defensores de los mercados competitivos asumen ingenuamente la estabilidad de las preferencias individuales, cuando estas preferencias están, de hecho, condicionadas por las normas legales.

A pesar de su encomiable sofisticación filosófica, sin embargo, la preocupación contemporánea por las preferencias endógenas no socava la defensa de las reglas simples. El primer paso en el contraataque es percatarse de la invocación selectiva de la teoría. Cuando la tarea que se tiene entre manos es explicar por qué la agresión es mala o por qué los monopolios distorsionan el bienestar social, nadie recurre a complicadas teorías psicológicas. La vigorosa suposición de un interés individual explica por qué estas formas de conducta deben ser vistas como antisociales al demostrar cómo las ganancias privadas se traducen en pérdidas sociales. En el caso de agresión, el desbalance es evidente, dado que el agresor no necesita tomar en consideración la pérdida de su víctima cuando decide el curso de su propia acción. En el caso de monopolio, las mejores estrategias defensivas de los compradores potenciales no pueden eliminar las pérdidas de bienestar cuando el monopolista vende por encima del costo marginal. Retiremos las suposiciones de un interés individual, y estos argumentos se desmoronarían rápidamente, porque la conducta privada ya no será lo suficientemente predecible como para explicar los resultados sociales. Efectivamente, en este escenario cualquier inclinación hacia las preferencias endógenas es absolutamente peligroso, si subestima el firme consenso social que, de otra forma, es alcanzable en estos dos puntos cruciales.

De forma similar, la teoría de preferencias endógenas también falla como elemento descriptivo. Aunque pueda ser posible encontrar alguna evidencia experimental que sugiera la inestabilidad en las preferencias en ciertos escenarios estrechos, el poder de predicción de la teoría estándar de interés individual funciona muy bien para explicar por qué los criminales comunes buscan escapar de la captura, por qué los miembros de los cárteles desean cubrir sus huellas, por qué las figuras públicas de ambos partidos son capaces de ocultar información para preservar sus carreras políticas, por qué los ciudadanos trabajan para imponer costos pesados en los extranjeros que desean entrar en sus comunidades, y por qué las comunidades étnicas muy frecuentemente reaccionan contra los extranjeros con una hostilidad que puede llegar hasta el nivel de la guerra.<sup>3</sup> El simple cálculo de interés propio no necesita refinamiento para explicar estas emociones.

Lo que sí necesita la teoría del interés individual, sin embargo, son fundamentos firmes. No es prudente mirarla simplemente como una primera premisa conveniente para el cuestionamiento económico o el pensamiento legal. En lugar de ello, es mucho

---

<sup>3</sup> BINDER, David y Bárbara CROSETTE. «As Ethnic Wars Multiply, U.S. Strives for Policy». *New York Times*, 7 de febrero de 1993, sección 1, p. 1.

mejor referirse a ella como consecuencia o conclusión de alguna otra teoría que encuentra raíces profundas en la naturaleza humana. Es aquí que la sabiduría de los escritores clásicos, con su amplio alcance que va desde la psicología del individuo hasta las instituciones políticas, da sus más grandes dividendos. La seria falla de estas teorías modernas de formación de preferencia social es que no dan importancia, o ignoran, el poderoso papel de las influencias biológicas en el diseño de los patrones de la conducta humana. Mientras el lenguaje sistemático y los grandes poderes de captación de conocimiento pueden constituir la marca que separa a unos seres humanos de otros y de otras formas de vida, el advenimiento de esos elevados poderes mentales no reduce las fuerzas y emociones más primitivas a porciones muy poco importantes de la conducta humana. Enojo, amor, odio, simpatía, resentimiento y compasión, las diferencias y las semejanzas entre los sexos, son tan parte de la naturaleza humana como el uso habitual del lenguaje y la apreciación de la música y de las matemáticas. Estas fuerzas y emociones básicas no son únicas en los seres humanos, sino que existen, en igual medida, en otras formas de vida animal que encuentran en la conducta, no en el habla, los medios para expresar un rico tejido de estados mentales y emocionales.

Detrás del alcance completo de las emociones yace la dominante presión biológica hacia el interés individual, no en el sentido simple de maximizar el bienestar del individuo sino en el más rico sentido de maximizar «inclusive el perfeccionamiento físico», en el cual el bienestar percibido de cualquier persona está emparejado no solamente con el éxito del individuo sino con el éxito de sus hijos y de otros parientes cercanos, con una disminución de acuerdo con el nivel de separación genética.<sup>4</sup> El padre valora el bienestar del hijo como si fuese mitad suyo, y así en adelante sucede lo mismo con sus hermanos, primos y parientes más distantes. El interés propio, en este sentido amplio, está en la raíz del gran espectro de la conducta humana, desde alimentarse hasta luchar y aparearse, y de ahí hasta los intercambios formales en el mercado o las asociaciones informales dentro del grupo familiar. Un elemento clave que hace que inclusive el perfeccionamiento físico funcione es la constancia de las preferencias a lo largo del tiempo. Si las preferencias fueran endógenas, las preferencias de los padres podrían cambiar fácilmente, y los padres podrían ser distraídos de la crianza de sus hijos. Pero las consecuencias de esos lapsos de desatención podrían ser fatales para aquellos que son incapaces de protegerse por sí mismos. Para que la evolución suceda, es necesario que el ciclo entero de vida se reproduzca a sí mismo, para que los niños de una generación se conviertan en los exitosos padres de la siguiente. La inestabilidad de las preferencias debe ser fuertemente separada de todas las especies, incluyendo la nuestra. Y aunque sería posible encontrar casos instructivos en los que esta premisa no

---

<sup>4</sup> HAMILTON, W.D. «The Genetical Evolution of Social Behavior». *Journal of Theoretical Biology*, vol. 7, 1964, p. 1.



sea cierta, cualquier teoría descriptiva exitosa de la conducta humana tiene que reconocer que gran parte de la estructura de nuestras preferencias es fuertemente biológica y no socialmente determinada.

Las instituciones sociales pueden, y deben, dirigir esas fuerzas congénitas e impulsos hacia canales productivos y creativos, pero no pueden destruirlos. Las relaciones familiares pueden diferir poderosamente a lo largo de las diferentes sociedades, pero no hay sociedad en la que los extraños sean valorados más que los familiares, o en las que la agresión contra los familiares sea tolerada como un asunto natural, o en la cual las promesas serias dentro del grupo puedan romperse con impunidad. Que la forma de la agresión o el contenido de las promesas puedan diferir dentro y a través de las sociedades no es de importancia para la teoría general, que se preocupa más de las formas permisibles de acción humana que de cómo ciertos individuos utilizan los derechos que les han sido reconocidos.

La antigua tradición del Derecho Natural, tan frecuentemente deplorada por su insistencia en normas «prepolíticas», puede estar errada cuando asume, como escribió Justiniano, que las leyes «naturales» son «siempre fijas e inmutables», y son conocidas por alguna forma de razón natural que simplemente yace en las facultades racionales de todos los individuos. Pero la segunda parte de la definición del Derecho Natural debería tener eco en aquellos que toman en cuenta las motivaciones principales de la conducta humana. Estas reglas, como se expresa, son adoptadas «por todas las personas por igual»,<sup>5</sup> en gran parte debido a su utilidad para los miembros de todas las sociedades así gobernadas. Ciertamente, los individuos difieren uno de otro en la intensidad de las preferencias que tienen por diferentes bienes, y eso es una de las razones por las que el comercio es tan importante tanto al interior como a lo largo de las diferentes culturas. Sin embargo, el propio uso de la palabra «bienes» como un sinónimo de propiedad personal ofrece un testimonio tácito, pero firme, de la proposición de que hay pocas cosas en este mundo que tengan un valor de uso positivo para una parte de la población y de uso negativo para otra.

La teoría de preferencias endógenas es también demasiado poderosa en su propio beneficio. Si las preferencias son tan inestables como se supone, seguramente será difícil para la gente conocer sus preferencias futuras. Entonces, ¿cómo es posible para las

---

<sup>5</sup> Ambas mitades de la definición se encuentran en las más antiguas fuentes. Véase, por ejemplo, JUSTINIANO. *Institutas*. Libro I, título 2, 1: «aquellas reglas descritas por razón natural para todos los hombres son seguidas por todas las personas parecidas, y son llamadas la ley de las naciones». Nuevamente, JUSTINIANO. *Institutas*. Libro I, título 2, 11: «Pero las leyes de la naturaleza, las cuales son observadas por todas las naciones parecidas, están establecidas, como si esto fuera, por divina providencia, y permanecen siempre fijas e inmutables; pero las leyes municipales de cada estado individual están sujetas a un cambio frecuente, sea por el tácito consentimiento de la gente, o por la subsecuente activación de otra ley». El tema continúa en tiempos más modernos.



personas cuya propia estructura psicológica es demasiado inestable planear y dirigir la acción gubernamental u organizar tanto sus vidas como las de otros? Si la teoría es cierta, entonces nadie puede asumir inteligentemente los grandes niveles de poder que se asignan rutinariamente a los actores del gobierno.

Ninguna duda similar contamina las reglas simples desarrolladas aquí. Hay, por supuesto, algunas dudas como la intensidad de las preferencias entre varios individuos, pero este razonable escepticismo nos conduce hacia un esfuerzo por crear zonas separadas de influencia y control —por crear sistemas de autonomía y propiedad privada personal— que permitan a los individuos gobernar sus propias vidas sin tener que explicar todos sus actos a los demás. Las excepciones para esta situación básica involucran solo situaciones de necesidad o de asuntos más complejos de coordinación, necesarios para la organización de la vida política. Incluso en esos casos, el papel de los intercambios obligados se limita de manera consciente a aquellos pasos básicos que nuestro conocimiento general de la naturaleza humana sugiere que deben ser deseados por todos los individuos, a pesar de que lo sea en proporciones desiguales. Solo por esa razón, la protección de la vida, la integridad corporal, la propiedad y la seguridad del intercambio son los objetos limitados a los cuales está correctamente dirigido el poder coercitivo del Estado.

Bajo un poder estatal como este, hay mucho menor peligro de opresión que bajo un régimen en el que algunos individuos están autorizados a decir que otros saben tan poco sobre sus propias e inestables preferencias —y consecuentemente acerca de sus propios intereses «permanentes» o «verdaderos»—, que no deberían ser respetadas sus decisiones para dirigir sus propias vidas. Una vez que se desate esta idea, no habrá nada, en principio, que evite que aquellos que invocan tener un conocimiento social superior usen el poder político para lograr los fines de sus partidarios. Para evitar llegar a ese peligroso impulso totalitario es necesario reafirmar una vez más uno de los antiguos distintivos de la teoría liberal —la distinción entre fuerza y persuasión— que las reglas simples reafirman. Sin embargo, hoy en día esa distinción se puede perder de vista muy fácilmente, con los constantes pedidos de «reestructurar» la sociedad desde el centro; por supuesto, estos pedidos los hacen quienes conocen «mejor que el resto» aquello en lo que todos deberían parecerse. Cada uno de nosotros puede urgir a los otros a cambiar sus formas, pero ninguno de nosotros puede compeler a los otros a cambiar sus conductas «por su propio bien». Dentro de este mundo, nadie ingresa a debates públicos en posesión segura del ámbito de la moral más elevada, capaz de persuadir pero inmune a la persuasión ajena. Cualquiera que desee enseñar a otros los errores de sus formas tiene que correr los riesgos de que sus propios errores sean expuestos públicamente por otros. Pero en ese debate nadie puede usar la clara maleabilidad de las preferencias de alguien para postular la certeza de las suyas.

## PREFERENCIAS LEGÍTIMAS

El segundo cargo contra el sistema de reglas simples une una preocupación por la evaluación de preferencias con una por los pedidos de justicia, ya sea social, distributiva o correctiva. Una y otra vez, cualquier análisis basado en costos de transacción, bienestar social o eficiencia económica es calificado como deficiente, porque se apoya en una consideración fatalmente «débil» de la naturaleza humana, que valora todas las preferencias de los individuos, o sus gustos, como iguales, sin ningún filtro moral adicional para determinar cuáles preferencias son legítimas y cuáles no. Es un punto común en teorías con orientaciones políticas muy diferentes. Los libertarios y los teóricos de los derechos naturales, por ejemplo, insisten frecuentemente en que las preferencias por la violación, el asesinato y el robo son simplemente «ilegítimas» y, por tal razón, pueden ser ignoradas al determinar el bienestar social total. Su conclusión es correcta, pero su metodología no. Su sistema normativo tiene un poder de permanencia precisamente porque sus prohibiciones permanecen fuertes *aun* si estas preferencias ilegítimas se toman en cuenta y se les considera plenamente. Como antes, la interrogante importante desde detrás del velo de la ignorancia es si las ganancias que cualquiera obtendría de la agresión compensarían la idéntica probabilidad de ser su víctima; como antes, no hay nadie para quien una respuesta de buena fe sea afirmativa.

Por supuesto, mucha gente cree que está autorizada a usar la fuerza cuando sus oponentes no lo están, pero la prueba requiere que ellos den el mismo peso a las características y preferencias personales de los otros individuos como a las características y preferencias personales propias. Los religiosos musulmanes, judíos, cristianos y paganos deben todos dar igual peso a los sentimientos religiosos de los otros antes de decidir si se debe autorizar a una fe, o a ninguna fe, a reprimir a las otras. Todos pueden creer en la libertad de religión; pero, en ese caso, esa libertad debe estar sujeta al mismo constreñimiento en libertad de palabra o acción, es decir, debe respetar la prohibición contra el uso de la fuerza por parte de otros. La razón por la que son categóricamente ilegítimas las preferencias por el asesinato, el robo y la violación es que estas siempre son menores a otras preferencias inconsistentes que poseen mayor peso e intensidad: la profanación de otra religión no vale la pena si lo mismo puede ocurrir con la religión propia, especialmente cuando uno no sabe cuál religión es cuál. Y no es que esas preferencias no cuenten del todo, porque *solo si* una pudiera satisfacer al asesino o al violador sin causar daño alguno a la víctima (y el resaltado del «solo si» demuestra la inutilidad de ese punto), ¿por qué no hacerlo? Debido a que otras preferencias tienen más peso, la regla categórica está cuestionada. Sin embargo, cuando hay circunstancias especiales —un dolor insostenible, la imposibilidad de recuperación, el consentimiento para el abandono del tratamiento o, inclusive, la administración de drogas mortales— el balance utilitario cambia en la dirección opuesta; y ello motiva que haya hoy un conflicto tan grande acerca de la



eutanasia voluntaria y el suicidio asistido. El caso ahora se parece menos a uno de agresión contra extraños y más a un caso de alivio consensual del dolor, mientras el proceso de formación contractual controle el riesgo de influencia impropia o coerción, tal como establece esta estructura básica.

No es solo el libertario el que está atraído por la idea de preferencias legítimas para minar la pregunta global sobre las ganancias y pérdidas. Muchos teóricos socialistas modernos están demasiado ansiosos por suponer que ciertas preferencias han sido «construidas socialmente» (por la gente equivocada) y consecuentemente no son merecedoras de respeto por parte del sistema legal. Los conjuntos de preferencias que pueden ser excluidos, por ejemplo, son aquellos que indican intolerancia racial y moral, que se consideran tan perversos como las preferencias del violador o del asesino. Las creencias religiosas pueden o no pueden estar en la lista de preferencias ilegítimas, y ello sobre la base de si promueven, por ejemplo, buenas visiones de la raza o las relaciones de género, o si apoyan la opinión de que el orden legal debería tratar de exponer o eliminar. Ningún estado mínimo puede alcanzar esos fines. En lugar de eso, un completo sistema de educación tiene que orientarse desde el centro para inculcar en los niños las creencias «correctas» en la edad más impresionable, frecuentemente sin reconocer que lo que es educación para algunos luce como adoctrinamiento para otros. Nadie pretende negar que los padres son capaces de equivocarse al educar a sus propios hijos. Pero si todos los padres pueden controlar solamente la educación de sus propios hijos, podemos evitar el más grande peligro de la vida social, la no diversificación del riesgo político, que ocurre cuando una agencia central está autorizada y determinada a establecer la agenda para el sistema en pleno.

Otra manera de acabar con estas preferencias ha sido propuesta por Ronald Dworkin, quien hizo una famosa distinción entre preferencias «personales» y «externas». La primeras deben ser respetadas, pero las segundas no, porque las preferencias externas emparejan el éxito de un individuo a las visiones que otros tienen de él o de su manera de vivir.<sup>6</sup> Consecuentemente, Dworkin fija algunos requerimientos de «igual preocupación y respeto» como la base de todo su sistema igualitario.

A un nivel, el proceso luce suficientemente inocente. Escoger entre trotar y caminar es una preferencia personal a la que se da un peso completo en el cálculo social, pero la ganancia de mirar o hacer a otras personas sufrir está excluida. Sin embargo, la distinción de Dworkin es inútil como forma de escoger la clase de preferencias ilegítimas dentro del gran rango de casos intermedios que están involucrados en la interacción entre personas. Puede suceder que yo exprese una «preferencia externa» cuando quiero que B no entre en una relación personal con C. Tales preferencias y opiniones morales seguramente han influido en la prohibición de la prostitución y los matrimonios entre

---

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, 1978, p. 255.



personas del mismo sexo, actos en los que es poco importante que uno sea una relación pagada y el otro no. Pero, en el mundo de Dworkin parece que la clase de preferencias externas va más profundo y se preocupa por las interacciones de cada persona con otras personas. Ciertamente, lo que conduce su distinción desde un principio es el deseo de descartar, por moralmente irrelevantes, las preferencias basadas en la raza, el sexo y la edad (sujetas, por supuesto, a algunas volubles preferencias de acción afirmativa y diversidad). Su metáfora de «igual preocupación y respeto» está usada para suprimir preferencias racistas que podrían guiar a otros a subestimar a los negros y a ignorar sus aspiraciones. Y una vez que estas preferencias son descartadas, se vuelve algo simple desacreditar la autonomía individual y el principio de libertad de asociación. La clase de preferencias externas ilegítimas está llamada, por lo tanto, a cubrir todos los casos de elección asociativa y de revertir la regla por la que todas las fortunas de los individuos deben depender en parte en la reputación, es decir, lo que otros piensan de ellos. En los casos polémicos, el anhelo de Dworkin de no dar peso a estas preferencias convierte la clase de preferencias personales en elecciones por las que nadie se preocupa: no un conjunto vacío, pero sí casi vacío.

La extendida concepción de Dworkin sobre las preferencias legítimas se convierte rápidamente en la grieta por la que ingresa un sistema totalitario. Una cosa es exigir a la gente respetar los derechos de autonomía de otros individuos, aun si ellos no los respetan o no les gustan como personas. Es absolutamente distinto pedir a la gente que muestre y sienta preocupación y respeto por los extraños como si ellos fueran su familia o sus amigos. Bajo el enfoque libremente móvil de Dworkin, la prohibición de las preferencias externas se convierte en un instrumento que permite al Estado (o al menos al filósofo moral) despejar su camino hacia cada rincón y fisura de la vida humana —desde el cortejo y el matrimonio hasta la crianza de los hijos, la educación, las prácticas religiosas, los contratos comerciales ordinarios—; en pocas palabras, hacia cada aspecto de la cultura y conducta humana que involucre posibles conexiones y asociaciones entre individuos.

La gran debilidad de la teoría de Dworkin es que no nos proporciona una herramienta para determinar qué formas de daños externos deben ser controlados y cuáles deben ser permitidos. Peor aún, no es necesaria, porque una aplicación leal de la técnica del velo de la ignorancia proporciona la protección esencial contra el uso de la fuerza tanto para las libertades personales como para las de asociación. Un nazi, por ejemplo, está ya impedido de llevar a los judíos a las cámaras de gas y de promulgar reglas que limiten el derecho privado de poseer propiedades y celebrar contratos. El voto está abierto a todos y el gobierno está bajo la obligación general de no discriminación hacia todos sus ciudadanos. Así que, ¿qué ocurriría si un nazi decide discriminar en su ámbito privado, no asociándose con judíos que estarían absolutamente ansiosos de devolverle el favor? ¿Cree alguien que Hitler podría haber concebido el holocausto si estas limitaciones en el poder del gobierno hubieran sido fijadas firmemente? ¿O es

ese mortal resultado más probable bajo el sistema del Nacional Socialismo (término del cual 'Nazi' es una forma abreviada), en el cual todas las limitaciones en el poder del Estado se entienden como arcaicas o inapropiadas? La confianza habitual en los grandes gobiernos conlleva un terrible precio.

Las instituciones políticas y las normas legales tienen que funcionar mejor cuando los tiempos son peores y cuando los ánimos no son los mejores. Cuando está en manos de un estadista preparado, no es suficiente que el sistema funcione bien. También es necesario preguntar cómo operará en manos de un perfecto villano. El carácter reducido de un gobierno pequeño es quizá su más grande virtud. Así que, ¿qué ocurre si el peor inútil puede ejercer sus preferencias externas expresando sus sentimientos acerca de otros y rechazando tratar con ellos? Lo primero es un ineludible elemento de la libertad de expresión, y lo segundo, de la libertad de asociación. ¿Por qué desearía alguien una limitación en la libertad de pensamiento y acción que es tan intrusiva en los pensamientos, conducta y juicios de otros? ¿Y a quién confiaríamos la preparación de una lista de preferencias ilegítimas? La esencia de vivir en una sociedad libre es aprender a reconocer que los daños y ofensas no son siempre evitables, pero que deben ser invocados para preservar la libertad de otros: un bien mucho más valioso. Hacemos mucho mejor controlando los *actos* externos dañinos, que regulando las preferencias externas a nivel general. La teoría de las preferencias ilegítimas hace más que suprimir algunas preferencias. Exalta, a un nivel mayor de peligro social, las duras preferencias que aún sobreviven. Necesitamos diversificación en las preferencias tanto como la necesitamos en la tenencia de acciones de empresas, para así limitar las consecuencias de un mal diseño.

## LOS REQUERIMIENTOS DE JUSTICIA

Una crítica similar puede hacerse sobre cualquier insistencia en que las reglas simples deben complementarse con algunos principios adicionales de justicia. Es mucho mejor reconocer que estos principios cubren el territorio que cualquier teoría de justicia debería regir. Durante los años sesenta, Guido Calabresi introdujo la fértil idea de que la función del Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual es minimizar la suma de los costos administrativos, de accidentes y de prevención de accidentes, *sujetos* a los límites de la justicia. La primera parte de la fórmula ilustra la conocida tensión entre las ganancias adjudicativas y los costos administrativos. La restricción de la justicia fue introducida para permitir que otros valores formen parte de alguna cuenta más enriquecida, pero, con el paso del tiempo, esa estrategia ha demostrado estar equivocada. Una floreciente literatura de Derecho y Economía demuestran las propiedades de eficiencia de varias reglas de responsabilidad en un amplio rango de supuestos. Sin embargo, estos otros valores de justicia no han jugado ningún papel



independiente ni instructivo en ningún análisis subsecuente del Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual. No es la falta de imaginación lo que ha conducido a la pobreza del discurso acerca de la justicia sino la incapacidad de apreciar el carácter pleno de la estructura conceptual original.

El punto clave es que muchas críticas que se hacen en nombre de la justicia social también pueden ser hacerse desde dentro del sistema. Tomemos, por ejemplo, la común prohibición legal que evita que A y B hagan un contrato para obligar a C. Es seguramente monstruoso e injusto permitir a cualquiera desarrollar tal práctica. Sin embargo, la invocación de la injusticia se basa en las consecuencias perversas de permitir a dos partes atar a una tercera. Si A y B pueden atar a C, entonces C y D pueden atar a E y así sucesivamente. Cada persona, por lo tanto, será capaz de comprometerse en el proceso de robo mientras puedan contar con la ayuda de otra persona con quien dividir lo obtenido por sus actos dañinos. Visto en el contexto de una simple transacción, la proposición acerca de no ligar a extraños en contratos puede tener la apariencia de un asunto intuitivo de justicia o equidad. No obstante, evaluada a la luz de sus aplicaciones *repetitivas*, la regla en contra de obligar libremente a extraños es un adjunto indispensable a la prohibición contra robo. La regla contraria, que permite a A y B por contrato conferir beneficios a C, no significa amenaza a las terceras partes. Aquellos que desean escapar de esas obligaciones necesitan solamente declinar el compromiso en el momento inicial. Consecuentemente, supongamos que la ley dice que si A hace una promesa a B de pagar 100 dólares a C, C puede hacer efectiva la promesa. La regla es una expansión útil de la autonomía de A si C no está presente cuando se haga el acuerdo. Pero ¿dónde está el peligro social en permitir una acción por parte de C, si A puede protegerse perfectamente contra las demandas de C en su negociación con B, rechazando hacer la promesa en primer lugar? Por esta razón, las reglas más antiguas que rechazaban reconocer los derechos de acción por parte de terceros beneficiarios (personas en la posición de C) no eran consistentes con el bienestar social, y la tendencia moderna a hacer efectivas estas promesas representa una mejora en la operación del sistema básico de contratación.<sup>7</sup>

Sin duda pueden surgir problemas, porque A y B pueden desear resolver su acuerdo antes de que se pague a C. Sin embargo, estas dificultades necesitan solamente un tratamiento sensible de reglas supletorias, las que podrían proveer que, salvo que estuviera acordado de otra manera, el derecho de acción de C no se realice hasta alguna fecha fijada. Mientras el consentimiento de A sea una barrera para cualquier obligación, las condiciones bajo las cuales se le confiere un derecho de acción a C pueden estar limitadas por la parte que será obligada mediante el contrato. Es una regla muy simple la que impide las demandas de terceras partes beneficiarias, pero también es

---

<sup>7</sup> Para una primera vista, véase *Price v. Easton*, 110 Eng. Rep. 518 (K.B. 1833).



una regla útilmente descartada para incrementar el alcance y poder de las transacciones comerciales. No siempre se da el caso de que la regla más antigua sea la mejor.

En otros casos en los que las consecuencias distributivas de dos reglas son similares, las intuiciones morales acerca de ellas resultan no ser muy fuertes. Consecuentemente, la larga discusión acerca de la selección entre las reglas de culpa y responsabilidad objetiva en el capítulo 5 fue tan agitada precisamente porque, como una primera aproximación, las dos reglas tienen idénticos efectos en la riqueza, utilidad y prevención de accidentes. Entonces, ¿por qué hay que escoger entre ellas? Solo si se toman en cuenta los efectos sutiles de los costos administrativos sobre ambas reglas es posible llegar a una noción de cuál regla es mejor y por qué. Los instintos acerca de la justicia son tan débiles y están tan perversamente formados porque la elección entre las reglas rivales (relacionadas, digamos, a una elección entre capitalismo y socialismo) tiene consecuencias sociales tan pequeñas que es improbable que surjan instintos poderosos de justicia.

Finalmente, en muchos casos, una extensión directa de estos argumentos «consecuencialistas» demuestra la misma conexión básica entre las concepciones de equidad y utilidad total general del *common law*. Usualmente, el mal de la competencia desleal se levanta sobre la prohibición básica contra la falsa representación. Cuando los vendedores denigran falsamente los productos de sus rivales, distorsionan el precio relativo de los bienes sustitutos. Cuando atribuyen a sus propios productos virtudes que poseen solo sus rivales, también distorsionan los precios relativos. En cada caso, la distorsión de los precios lleva a una asignación errónea de recursos llevando el mercado lejos de su equilibrio competitivo alejando las ventas de la parte que las hubiera mantenido en un mercado con información perfecta. Las ganancias privadas de los vendedores que engañan son menores que las pérdidas combinadas de los competidores perjudicados y de los consumidores engañados. El conjunto de prácticas que están denunciadas correctamente como no equitativas tiene también consecuencias sociales difíciles de manejar. Sin embargo, muchos consumidores pueden decidir no demandar si sus pérdidas son pequeñas respecto del costo del juicio. Pero si se permite que el vendedor rival pueda demandar, se economiza en costo administrativo y se conduce al resultado adjudicativo correcto. En consecuencia, la estructura analítica básica es capaz de poner a la ley de competencia desleal en un estadio mucho más riguroso del que de otra manera disfrutaría, y se vuelve sospechoso cualquier esfuerzo para tratar la competencia como algo desleal cuando el elemento de distorsión sale de escena. Todas las numerosas leyes de tarifas y «anti-dumping» se apoyan en una concepción, guiada erróneamente, que equipara la competición extranjera exitosa con las prácticas de negocio desleal.

Hay otros sentidos de deslealtad que también están capturados por estas reglas simples. En el lenguaje común, la lealtad sugiere una preocupación acerca de la preferencia, el favoritismo y la selectividad: no es leal que una persona obtenga un beneficio que se

le niega a otra persona en las mismas condiciones. Sin embargo, esa exigencia de un trato equilibrado brota directamente de la regla simple de justa compensación por la expropiación de propiedad, en la que las leyes deben tener un efecto proporcionado en la población sujeta al tema, salvo que exista alguna buena razón (tal como la comisión de un error bajo la cuarta regla) que justifique algún tratamiento diferenciado. Las preocupaciones económicas detrás de este sentido de justicia también son aparentes. Si se exigen los mismos impuestos de A y B, y la mayor parte de los beneficios van para B, es como si B hubiera tomado algo de A. Las distorsiones del sistema económico no son diferentes de aquellas que se siguen como consecuencia de que B tome directamente la propiedad de A o haga una excesiva gestión de intereses en el ámbito político para conseguir la mayor parte de las ganancias.

Así, las concepciones comunes de justicia son consistentes con la teoría básica aquí esquematizada y, ciertamente, son necesarias para su aplicación. Utilicemos la «navaja de Occam».<sup>8</sup> Si un conjunto de supuestos más pequeño puede usarse para calcular todos los resultados relevantes, ¿por qué tratar el sentido intuitivo de la justicia como el irreductible primitivo del sistema o, inclusive, como una importante restricción colateral? Es mucho mejor ver las varias concepciones de justicia como deducibles de esta teoría general de relaciones sociales, con sus esfuerzos más burdos para elaborar las relaciones sistemáticas entre los costos administrativos y los efectos de incentivo. Adherirse a la teoría no es simplemente asunto de gusto personal y elegancia intelectual. Las ideas de deslealtad son peligrosas cuando no están sustentadas por una teoría sólida. He aludido ya al uso de tarifas para protegerse contra la competencia «desleal». Otros ejemplos abundan. La Davis Bacon Act de 1931 (que exige que todos los trabajadores reciban el salario local vigente, es decir, el salario sindical local) fue justificada como una forma de evitar la competencia desleal por el contrabando de licor y por los precios bajos de los trabajadores negros itinerantes. Igualmente, las complejas estructuras de la National Labor Relations Act están diseñadas para evitar «prácticas de trabajo desleales» por parte de las gerencias y los trabajadores, pero en realidad impiden el surgimiento de mercados competitivos de trabajo. La norma que establecía el salario federal mínimo fue introducida, por supuesto, mediante la Fair Labor Standards Act. En suma, no hay consideraciones de justicia que puedan establecerse en oposición a esta teoría, porque las únicas concepciones de justicia sostenibles son o bien las concepciones de procedimiento de justicia que dan soporte a la teoría, o bien las concepciones sustantivas de justicia derivadas de las reglas simples.

---

<sup>8</sup> La «navaja de Occam» es un principio lógico —a menudo denominado también «principio de parsimonia»— que establece que, al poner en práctica cualquier modelo, deben desecharse todos aquellos supuestos que no son estrictamente necesarios. Así, el desarrollo del modelo será más simple y habrá menos probabilidades de incurrir en inconsistencias.



## EL IMPULSO COMUNITARISTA

La defensa de las reglas simples tomadas en este libro es notable aún por otra razón. No hace ningún esfuerzo formal para abrazar los valores comunitarios de participación y de conexión tan influyentes hoy en día en los círculos académicos. Una y otra vez, nos deleitamos en las virtudes republicanas de ser ciudadanos públicos, capaces de trascender nuestros limitados seres y de percibir las interacciones que cada persona tiene con la comunidad como un todo. Muy frecuentemente, una teoría del individualismo atomístico, como se calificará seguramente a esta, es entendida como débil, ingenua y empobrecida. El éxito de cada individuo es visto como dependiente del cuerpo político como un todo.

Alegaciones como estas son familiares. En efecto, como Stephen Holmes ha señalado, estas críticas al individualismo preceden a los comunitaristas modernos y fueron parte del repertorio de muchas de las «ilustradas» teorías fascistas más antiguas.<sup>9</sup> Uno no tiene que insertar motivos terribles a las teorías modernas para hacer sonar por lo menos una alarma acerca de los argumentos que han viajado en compañía tan dudosa. El ataque al atomismo individual es más que un ataque a individuos aislados; es también un ataque a cualquier forma de asociación voluntaria que no esté validada por referencia a algún fin social más elevado. Sin la construcción social del deporte del básquetbol, ¿dónde habría estado Michael Jordan, antes del béisbol? (es evidencia del paso del tiempo que en los ejemplos del básquetbol ya no se use a Wilt Chamberlain, muy citado por generaciones anteriores). Para explicar el éxito de un individuo hay que referirse no solo a las habilidades físicas o mentales superiores. Ningún estrecho cálculo de costos y beneficios, se nos recuerda constantemente, tomará en cuenta todas las delicadas conexiones que hacen a una comunidad y definen su cultura. Debemos dar el debido peso a las obligaciones que tenemos para con otros, así como a los derechos que reclamamos de ellos.

Ninguna persona en su sano juicio podría argumentar que los individuos surgen, cual Atenea, como miembros completamente florecidos de la sociedad, independientes de todas las influencias de otros individuos que viven en sociedad: padres, maestros, amigos y figuras públicas de todas clases y descripciones. Tampoco podría alguien dudar de que algún elemento de suerte o capricho afecta el talento humano y la manera en que son utilizados en las transacciones del mercado. Sin embargo, esta es una idea inútil, porque el mismo punto podría sostenerse con igual fervor acerca de *todas* las sociedades, sin importar cuán constituidas y cuán organizadas estén. Las cosas podrían haber sido diferentes, y aquellos que fueron exitosos hoy bien podrían haber sido no exitosos o, al menos, menos exitosos en un ambiente diferente.

---

<sup>9</sup> HOLMES, Stephen. *The Anatomy of Antiliberalism*, 1993.



¿Y qué? No es posible defender un sistema de organización social en un mundo de «esto pudo haber sido de otra manera». Todo lo que puede hacerse es tratar de maximizar las oportunidades disponibles para todos desde el inicio, para lo cual la diversificación, no la centralización, del poder es la clave. No hay razón para que la presencia de la suerte deba conducir al rechazo de las reglas simples. Un sistema de propiedad colectiva de los medios de producción continúa cojeando con todas sus deficiencias conocidas, aunque los individuos estén conectados con todos en las comunidades. Aun así, es difícil obtener la información necesaria para decidir cuánto de una mercancía debe ser producido y quien la deseará y a qué precio. También es difícil incentivar a A a trabajar si B va a llevarse a los bolsillos las ganancias. La suerte —magnificada por capricho político— solo lucirá más grande súbitamente en un sistema con un fuerte gobierno central que en un sistema de mercado, el que compensa la producción más que la intriga política. Puede bien ser que los individuos sean, ineludiblemente, parte de grupos y asociaciones más grandes y dependan de cada uno de los otros para una ayuda mutua, aliento y apoyo. Pero el asunto es, ¿qué reglas los enlazan mejor?; ¿qué reglas preservan mejor las frágiles acumulaciones de buena voluntad social?

En esta unión, las reglas simples demuestran su poder. Comencemos con el argumento de que el éxito del que disfruta cualquier individuo se debe, en gran medida, al escenario social en el que es capaz de ejercitar sus talentos individuales. De esta observación no se sigue que esos talentos individuales deban ser socializados. No es la «sociedad» como una entidad abstracta la que valoriza esos talentos. Es un grupo diverso de otros individuos quien los valoriza, un grupo que no incluye a todos en la sociedad. No todos son cautivados por las finales de la NBA o por localidades para una ópera de Wagner. Los individuos que valorizan esos talentos *reciben* de cualquier persona tanto como ellos dan. No es que los individuos muy exitosos sean necesariamente parásitos de la gente ordinaria o que el éxito limitado de la gente ordinaria esté causado por el éxito de sus camaradas superdotados. Más bien, la gente exitosa también contribuye con la cultura tanto como toma de ella o tal vez más. Como basquetbolista profesional, Michael Jordan ganó 25 millones de dólares (¿o fueron 50 millones?) al año por sus varias actuaciones; pero, ¿quién está contando?: costó poco, aun si hubiera costado el doble, a la vista de la satisfacción mundial que generó. ¿Estamos sintiéndonos mejor ahora que él ha cambiado al béisbol? Literalmente, la labor de miles de otros atletas no es famosa, así que ¿por qué atribuir su magnetismo y éxito a algunas condiciones nebulosas de su experiencia (una liga profesional de básquetbol con una gran trayectoria, una industria de comunicaciones radiales o de televisión con un agrado humano por la emoción) y no a sus habilidades individuales? La mejor consideración social es que la gente que hace fortunas en ocupaciones completamente legales da *más* de lo que recibe. Los ingresos de Michael Jordan pueden expresarse en un centavo por aficionado; la satisfacción obtenida por cada aficionado es seguramente mucho mayor. La gente de éxito, sin importar cuán rica, es parte de un sistema recíproco de

apoyos culturales. Ellos no deberían tener que pagar con efectivo a los incapaces por los beneficios intangibles que recibieron de otros, porque ellos han hecho más que contribuir en efectivo a la sociedad: han contribuido creando un mejor ambiente para otros.

Hay una segunda respuesta a la visión comunitarista, que va en paralelo a la crítica que ya hice de las teorías de justicia social. Lo mejor de la tradición comunitarista ya está considerado por las reglas simples aquí desarrolladas. En este tema, es instructivo referirse a las críticas usuales a la propiedad privada como promotoras del excesivo individualismo que tiende a la eliminación del tejido social.<sup>10</sup> Sin embargo, este punto de vista entiende erróneamente cómo trabaja un sistema de propiedad privada. Los intereses de la propiedad no están limitados a la posesión de la tierra y otros tangibles. Desde épocas muy tempranas, el *common law* reconoció y protegió una amplia clase de intereses «relacionales»: intereses que emergen solo cuando individuos aislados entran en asociaciones rentables con otros y cuando el valor de sus tenencias conjuntas dependen críticamente en sus patrones mutuos de interdependencia y refuerzo. Estos intereses relacionales, más aún, se extienden mucho más allá, desde los arreglos comerciales ordinarios a los religiosos, sociales, recreativos e inclusive a las afinidades artísticas. En pocas palabras, estos intereses relacionales —aunque sean incipientes, informales y difusos— son el material del que están hechas comunidades vibrantes.

Sin embargo, aunque suene raro, los gobiernos fuertes entusiasmados por el comunitarismo tienden a destruir estas asociaciones voluntarias. Una manifestación particularmente expresiva de este riesgo es el uso del poder de expropiación para declarar como utilidad pública el terreno de comunidades enteras, para hacer un nuevo aeropuerto o inclusive una nueva planta de General Motors.<sup>11</sup> Los proyectos grandes se apoyan en la usual alianza de negocios y grupos de trabajo, y ven su oposición en organizaciones de gente común cuyos hogares, negocios e iglesias —todos de propiedad privada— serán excavados o arados en algún esfuerzo (subsidiado) de reconstrucción. Frecuentemente, hay una genuina preocupación sobre si debe autorizarse cualquier expropiación de esos hogares y negocios: ¿acaso el terreno para una planta de General Motors ha sido expropiado para un «uso público», tal como lo requiere la cláusula de expropiaciones de la Constitución? «No» es la respuesta correcta. No obstante, pongamos el punto a un lado para concentrarnos en la otra cara del tema de la expropiación: el monto de la compensación por la expropiación admitida. Para facilitar y ampliar el alcance del poder del gobierno, las decisiones judiciales modernas han

---

<sup>10</sup> Para una de las más profundas posiciones de esta clase, véase GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, 1991.

<sup>11</sup> Véase *Poletown v. City of Detroit*, 304 N.W.2d 455 (Michigan, 1981).



analizado estrechamente la clase de pérdidas privadas para las cuales se necesita compensación. Cuando se saca a la gente de raíz de sus hogares, los costos de reubicación se tienen sagradamente como no compensables, porque el gobierno, hemos sido informados, tiene que pagar solamente por el terreno expropiado y no por las dislocaciones causadas a aquellos que están en el camino de los *bulldozers*. La posición representa un retroceso respecto de la visión antigua, y más sensible, de William Blackstone, que equiparaba la compensación al daño sufrido por el propietario.<sup>12</sup> Cuando la gente pierde el beneficio de los negocios y asociaciones personales construidas a lo largo de años en las comunidades tradicionales, esas pérdidas tampoco son compensables, y por la misma razón; las acciones del gobierno pueden haber destruido el activo invisible del negocio y una próspera comunidad social, pero el gobierno no las tomó para su propio uso.

Este deplorable patrón de decisiones judiciales subvalúa, consecuentemente, la pérdida de *aquellas cosas que el comunitarismo recomienda precisamente*, actuando como si la propiedad fuera solamente ladrillos y mezcla, vacíos de significación asociativa y comunal. Al adoptar estas débiles reglas de compensación, se envía las señales equivocadas, que recompensan los costos sociales de dichos intervenciones del gobierno muy por debajo de su verdadero nivel. El subsidio implícito crea la misma forma de distorsión que se halla en otros mercados, porque induce al gobierno a embarcarse en proyectos políticos cuyas ganancias totales son, de lejos, más pequeñas que sus pérdidas sociales. Estas reglas defectuosas de compensación ponen la parte principal de su carga en los grupos que son menos capaces de soportarla. ¿Qué podría importar si las pérdidas que se ignoran son llamadas «privadas» para usos de compensación o «comunitaristas» para usos de deliberación filosófica? Descritas de cualquier manera, estas pérdidas permanecen en el archivo social final y conducen a la destrucción de comunidades, deplorada justamente por los comunitaristas. Una vez más, la aplicación paciente de las reglas simples esquematizadas aquí es mucho más sensible a cualquier preocupación comunitarista que las soluciones colectivistas que normalmente se promueven en su nombre. No necesitamos ignorar la propiedad privada para lograr resultados que desarrollen y promuevan comunidades. Tenemos que protegerla por esa precisa razón.

Hay todavía otra razón para ser cuidadoso en el uso de argumentos comunitaristas en un escenario político. Así como las grandes sociedades políticas no son del tamaño

---

<sup>12</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*, 1765, p. 135: «Pero, ¿cómo (la legislación) impone una expropiación? No, en absoluto, arrancando al sujeto de su propiedad de una manera arbitraria; sino dándole una indemnización completa y equivalente por el daño por tal hecho sufrido». Este daño es, de lejos, más grande que el valor de la propiedad expropiada, porque este incluye la pérdida del *goodwill* y los costos de reubicación.



de una familia, tampoco son del tamaño de una comunidad. Una comunidad requiere algo más que la gente que vive lado a lado o individuos que deben lealtad a un solo soberano. Requiere que la gente dentro de la comunidad muestre alguna preocupación por cada uno de los otros. La preocupación y el respeto mutuo no pueden empujarse dentro de las gargantas de las personas que desean dirigir su energía emotiva hacia otra parte. Lo que se requiere es alguna voluntad de aceptación y reconocimiento de las comunidades por parte de sus miembros. Las comunidades pueden destruirse desde fuera, pero no pueden crearse desde fuera; deben construirse desde dentro. En consecuencia, es probable que cualquier esfuerzo para usar la maquinaria del Estado para crear un sentido de comunidad sea contraproducente y desplace a los grupos voluntarios que de otra manera podrían estar formados por gente libre e independiente. Una comunidad voluntaria también presupone y protege la exclusión de algunas personas porque ellas no alcanzan este criterio, ya sea que esté definido por etnia, religión, origen nacional, raza, sexo o interés común, actividad o experiencia previa. Ningún grupo o comunidad puede ser todo para todas las personas.

Dentro de cualquier unión política debe ser posible tener muchas comunidades que operen lado a lado y que vivan en paz y armonía con cada uno de los otros. Sin embargo, la historia constante de asesinatos por razones de raza, credo y nacionalidad nos debe recordar que incluso este modesto ideal fracasa mucho más frecuentemente que lo que debería. Nadie puede prescribir los términos de unión o de separación que permiten a los Estados políticos sobrevivir cuando sus ciudadanos vienen de experiencias anteriores diversas, forman diversas comunidades y tienen metas y aspiraciones particulares. Sin embargo, un punto debe estar claro: mientras más limitado sea el alcance del gobierno, más probable es que las comunidades voluntarias sean capaces de florecer lado a lado bajo esta regla. Los mecanismos de elección colectiva necesariamente requieren algún reglamento de votación; y si los derechos de propiedad son débiles y el gobierno es poderoso, los ganadores en el proceso político tendrán todo el camino libre, sin importar cuán dolorosas sean las pérdidas infligidas a los perdedores. La unión política estará en peligro debido a la constante lucha violenta por el favoritismo interno y las preferencias. Cuando el gobierno tiene funciones limitadas y dedica su energía para proveer aquellas cosas —paz y buen orden, cumplimiento de los contratos— que toda la gente valora, nunca se vuelve el punto central de una lucha entre facciones. El gobierno es entonces capaz de operar como un árbitro creíble y neutral para la gente de diferente formación y orientación. Nadie puede esperar milagros de un sistema de gobierno limitado, pero mientras más pequeño sea el tamaño del gobierno y más desinteresada su administración de las leyes, más probable será que las diversas comunidades puedan tener éxito bajo esta regla. Los valores comunitaristas, correctamente entendidos, son mejor atendidos por gobiernos pequeños, no grandes. Otra vez las reglas simples proporcionan la mejor guía en un mundo complejo.

## LA VIRTUD

Otro ataque a las reglas simples viene de la tradición que enfatiza la importancia, no de la interdependencia social sino de la virtud individual. Ha habido muy poco que decir en este libro sobre compasión, coraje, honestidad, perseverancia, integridad, lealtad o cualquiera de las otras características personales que presten distinción y forma a la vida del individuo. Usted quedaría mal parado en un discurso fúnebre si todo lo que dijera del fallecido fue que ganó la admiración de un gran círculo de amigos evitando conductas delictivas y honrando los contratos. Para ser honrado se requiere más que cumplir los requerimientos mínimos de la ley. La gente frecuentemente se enfrenta a conflictos entre lealtad e interés propio, y requiere coraje moral y sabiduría moral para hacer lo correcto. Honramos a las personas por lo que hacen más allá de la ley, no por lo que ellos hacen con la finalidad de evitar el dolor o la vergüenza de una sanción legal.

Pero, ¿por qué es deficiente un sistema legal no tiene nada que decir acerca de la lista completa de virtudes? Lo que el Derecho nos «vende» es el uso de la fuerza colectiva, y las sanciones que impone deben estar reservadas para las más serias de las violaciones sociales, que típicamente involucran el uso de la fuerza y el incumplimiento de los compromisos contractuales serios. Un sistema legal no es un sistema social completo, y no deberíamos invocar reflexivamente remedios legales para hacer cumplir cualquier conducta que creemos que es socialmente deseable. La confianza ciega en la coerción es causa del surgimiento de sanciones informales y reduce las posibilidades de mostrar las virtudes personales que todos valoramos. Lo máximo que podemos esperar de un sistema legal es crear un ambiente que permita a los virtuosos una esfera libre en la que puedan hacer buenas acciones. Estas reglas simples hacen justamente eso: restringen el uso de la fuerza por parte de otros y, consecuentemente, permiten a cada individuo un campo de acción irrestricto en el cual pueden tomar decisiones sin temor a una sanción legal. El Derecho, por tanto, crea el escenario, pero un segundo nivel de normas sociales define las formas de conducta que merecen una especial aprobación o desaprobación. ¿Es realmente posible permitir a las personas demandar a los amigos que no permanecen a su lado en tiempos difíciles?; ¿o demandar a personas que son rudas y no amables?; ¿es necesario crear un conjunto de advertencias legales para que alguien escuche a otro con compasión, dé un buen consejo o actúe como un buen samaritano? Imaginar una sociedad que se mueve solamente por sanciones legales y formales es imaginar una sociedad en la que cada hueso siempre está chocando con otro. Necesitamos tener un cartílago para suavizar el movimiento, y eso solo puede venir si el orden legal no es tan inclusivo e intrusivo como para destruir todos los sistemas informales de control social. La actitud de un gobierno mínimo, favorecida por un sistema de reglas simples, defiende un concepto de control legal y



de libertad legal que reconoce los límites apropiados de la ley y la fuerza: límites que frecuentemente se ignoran hoy en día.

## CAMBIO SOCIAL

Una característica de la vida social moderna es el rápido nivel de cambio económico y social. Las reglas simples que aquí defendemos enfrentan ese desafío. Los problemas centrales del sistema legal son dos: cómo mantener a la gente en paz con cada uno de los otros y cómo permitirle juntarse en negocios comunes que prometen una ganancia mutua. La mayor parte de las formas de innovación requiere esfuerzos cooperativos, para los cuales debemos retener las reglas de contratos tradicionales del *common law* que desarrollaron hace mucho tiempo el advenimiento del láser y de la computadora. El contenido de los contratos entre las partes cambiará para reflejar la naturaleza de los negocios conjuntos, los costos de hacer negocios y las oportunidades generadas por la nueva tecnología. Sin embargo, dentro de estas variaciones, el principio básico de ganar mediante los negocios es una constante social.

No obstante, el Derecho de Contratos tiene un lado oscuro. Sin importar cuán emocionantes sean las oportunidades de negocio, las barreras para las transacciones comerciales ejercen su tenaz presión: coerción, fraude, ventaja, oportunismo, trato doble, así como también malentendidos, error e incapacidad. Contra estos persistentes riesgos debe tomarse un amplio rango de precauciones hoy en día, así como debió hacerse hace siglos, cuando Aristóteles por primera vez escribió que el error y la coerción anulaban cada uno todas las formas de acción voluntaria, incluyendo el intercambio.<sup>13</sup> El Derecho de Contratos es capaz de mantenerse al ritmo de las innovaciones en tanto no sea distorsionado con restricciones que atrasen o dañen transacciones comerciales importantes. A pesar de sus diferencias menores, y con un poco de restauración en los extremos, el Derecho de Contratos romano nos podría ser tan útil como cualquier sistema moderno que respete el principio de libertad de contratación, algo que nuestro sistema frecuentemente no hace.

Un desafío más importante frente a esta concepción estática del *common law* viene del área del Derecho de la Propiedad, cuya definición apropiada facilita el sistema de intercambios beneficiosos. Tradicionalmente, la riqueza estaba concentrada en formas tangibles de propiedad: terrenos, edificios, artículos de propiedad mueble. Las formas intangibles de propiedad eran mucho menos importantes, inclusive cien años antes de lo que son ahora, e importaban poco antes de la era de la prensa escrita. A pesar de las palabras gentiles que puedan decirse acerca de los antiguos principios del Derecho de Contratos, cualquier sistema moderno de derechos de propiedad debe reconciliarse

---

<sup>13</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Libro III, capítulo 1. (Edición de R. McKean, 1941)



con los derechos de autor, patentes, marcas, frecuencias de radio transmisión, libertades de sobrevuelo y programas de computadoras, los que el derecho de propiedad del siglo diecinueve (y, por supuesto, el medieval o romano) ignoraba totalmente. Equiparar el derecho de propiedad a las cosas físicas es ignorar las importantes innovaciones tecnológicas de los tiempos modernos y, en consecuencia, arriesgarse al «congelamiento» en un sistema arcaico de derechos de propiedad que podría hacer un daño palpable al orden social. Si alguna vez hubo un área para la innovación en los estatutos legales, seguramente está en los derechos de propiedad que producen las nuevas tecnologías.

La defensa del reconocimiento de nuevas formas de derechos de propiedad es tan importante que parece ingenuo asumir la defensa de un enfoque legal que subestima o descarta los requerimientos de la modernidad. Sin embargo, este punto, aunque es válido tal como ha sido establecido, *no es* una objeción al sistema de derechos de propiedad esquematizado aquí, porque le hace falta la flexibilidad construida en este sistema básico mediante la sexta regla simple: expropiar bajo condiciones de necesidad, con justa compensación. A pesar de que exteriormente este principio parece aplicarse solo a contextos estáticos y lentos, el principio de expropiación permite alteraciones básicas en el sistema de derechos de propiedad siempre que estos cambios prometan beneficios sustanciales netos para la sociedad en conjunto. El punto es tan fundamental que merece alguna elaboración e ilustración.

Para comenzar con la teoría, la concepción básica de la expropiación es ciertamente amplia: *cualquier* modificación del sistema tradicional de derechos de propiedad, sea por impuestos, por regulación o por modificación de las reglas de responsabilidad que protegen la propiedad privada, debe ser entendida como la elección de un elemento del conjunto de derechos —posesión, uso y disposición de algún recurso físico discreto— que normalmente caracterizan la tenencia de propiedad privada.<sup>14</sup> Si el principio básico del Derecho de la Propiedad ha previsto que «ninguna propiedad privada debe expropiarse sin el consentimiento de su propietario», un sistema legal unido a esta definición firme y comprensiva de propiedad privada podría ser justamente acusado de congelar nuevos recursos en un sistema ineficiente y anticuado de derechos de propiedad.

Sin embargo, los reparos hacia la compensación justa, en oposición al consentimiento unánime, agregan la medida de flexibilidad necesaria para oponerse a tal acusación, a la vez que proveen protección contra las antiguas formas de expropiación y confiscación que (en un sistema de antigua o nueva propiedad) siempre consumen el poder productivo de cualquier sociedad. Sin duda, *cualquier* desviación de las reglas tradicionales de propiedad aún constituye una (parcial) expropiación, pero ello no

---

<sup>14</sup> Para una defensa de esta entendible visión de la propiedad, véase EPSTEIN, Richard A. *Takings: Private Property and the Power of the Eminent Domain*, 1985, pp. 57-62.

quiere decir que cualquier toma de propiedad sea ilegítima, porque puede ser compensada, no en efectivo sino, como se anotó antes, en bienes. Las restricciones paralelas impuestas uniformemente sobre otros individuos, como en el caso de las libertades recíprocas, puede ser más conveniente para el propietario que la disminución de sus derechos de propiedad. Cada vez que las modificaciones de las normas legales que afectan a todos (¡el omnipresente principio del prorrateo!) prometen grandes ganancias totales, estas ganancias proporcionan la compensación necesaria para el sacrificio de los derechos tradicionales. Con estos dos factores en su lugar, nadie debería preocuparse mucho de las acciones precisas de distribución, ya que todos (hasta el punto que las instituciones humanas puedan crearlas) estarán mejor si se produce el cambio que si la sociedad se queda unida a sus costumbres más antiguas.

Una cantidad de ejemplos ilustra la capacidad de las reglas de justa compensación para facilitar la creación de nuevos derechos de propiedad que alcancen a las cambiantes demandas tecnológicas. Durante el nacimiento de la aviación comercial en la primera parte de este siglo, surgió la cuestión de si los aviones estarían autorizados a volar sobre terrenos de propiedad de otros. La concepción tradicional de la propiedad del terreno sostuvo (en un tiempo en que fue conveniente reconocer tan amplios reclamos) que la propiedad se extendía desde el centro de la tierra hasta el filo exterior de los cielos, dondequiera que sea eso, pero de cualquier forma, más allá de la región que podía controlarse efectivamente desde la tierra. Bajo esta regla, cualquier pequeño número de propietarios de terreno podría llevar todo el sistema de transporte aéreo al colapso, imponiendo rígidos derechos por cruzar su espacio aéreo. Ese derecho de impedir la operación es válido solamente si es sostenido por una o por muy pocas personas. Si cada uno lo tiene, entonces nadie podrá volar y así todas las posibilidades de impedir la operación desaparecerían. Aquí los problemas de coordinación son enormes, los problemas externos son mínimos. Las transacciones bilaterales no pueden sacar provecho del uso del espacio superior.

Sin embargo, el poder de «dominio eminente» sí puede. Simplemente désele a cada propietario de terreno la alternativa de escoger entre todo o nada: ningún vuelo a sitio alguno o libertad de vuelo a todas partes. ¿Qué escogería él, sabiendo que en la práctica no podría cobrar nada de una venta privada de derechos bajo el primer régimen, ya que otros podrían exigir lo mismo? Este no es un caso en el que se expropia el terreno de una persona para un ferrocarril, para el cual es necesaria una compensación en efectivo. Con aviones que vuelan alto, el conjunto completo de beneficios, tanto directos (por ejemplo, puede volar usted mismo) como indirectos (por ejemplo, transporte a bajo precio para sus mercancías o sus familiares visitantes), paga la compensación necesaria. Como una primera aproximación, las grandes ganancias adjudicativas cubren completamente cualquier preocupación de distribución que surja. No obstante, para aquellos que (como los propietarios del terreno expropiado para el ferrocarril) sufren un gran daño por el sobrevuelo o por el ruido de aviones que vuelan muy bajo,



la compensación explícita puede ser provista (como usualmente es), de forma que ellos puedan participar en las ganancias sociales de toda la empresa, aproximadamente en la misma proporción que sus socios.<sup>15</sup> Una vez que se vuelve común, el espacio aéreo puede estar regulado por reglas tridimensionales de camino, ya diseñadas en las eficientes reglas para el tráfico marítimo y de carreteras. El sistema de expropiaciones con justa compensación enfrenta así la demanda de innovación sin permitirle al Estado simplemente «redefinir» derechos cuando una mayoría piensa que esta facultad es apropiada. Pueden introducirse argumentos paralelos para negar a todos los propietarios de terrenos el derecho de excluir las señales de transmisión de radio o de televisión del paso sobre sus territorios.

Argumentos similares explican mucho de lo que ocurre en el caso de los derechos de autor y patentes, en los que la limitada protección que se les da a los autores e inventores interfiere necesariamente con los derechos ordinarios del *common law*, mediante los cuales las personas pueden usar su trabajo y propiedades tangibles como ellos consideren apropiado.<sup>16</sup> Antes de que se aprobara la Ley de Derechos de Autor, yo podía haberme dedicado a reproducir y vender copias de un soneto de Shakespeare al día siguiente de su publicación. Después de que la ley fue aprobada, yo estoy despojado de ese derecho, pero recibo compensación de dos formas: el aumento de la producción de gran literatura y la protección de mis propios trabajos de arte de ser copiados y vendidos por otros. Inclusive, la reticencia a extender la protección del derecho de autor a teoremas matemáticos significa que la gente que construye material de dominio público también contribuye a esto. Con la información adecuada, los problemas de coordinación nunca pueden ser ignorados: el libre intercambio de información en los trabajos académicos es con frecuencia más conveniente que cualquier sistema de derechos exclusivos. Apropiadamente entendido, el sistema de justa compensación acomoda estas variaciones en el tema principal. La única tarea es descubrir como *maximizar* el valor a partir de la transformación social, digamos, colocando limitaciones en los términos de uso o creando un privilegio (sobre la base de la necesidad) para el comentario justo en revistas y otros trabajos académicos. El mismo principio de análisis puede extenderse a nuevas formas de programación de computadoras o de ingeniería genética. El problema difícil no es el de la estructura conceptual sino el de la magnitud de las negociaciones relevantes entre el libre acceso (nuevamente el problema de coordinación) y el incentivo para producir (socavado por el uso externo).

La estructura más antigua, entonces, no es impedimento para un sistema de innovación social. Entendida apropiadamente, lo apoya. Al probar constantemente cualquier

---

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, *United States v. Causby*, 328 U.S. 256 (1946).

<sup>16</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. «An Economic Analysis of Copyright Law». *Journal of Legal Studies*, vol. 18, 1989, p. 325.



innovación propuesta contra los requerimientos de la expropiación y justa compensación, el sistema legal ofrece protección contra aquellas formas puras de expropiación —tan comunes en la historia— que disminuyen la base social material de la que depende el progreso social y el alivio de la pobreza. Sin embargo, la prueba de justa compensación no es tan maleable como para permitir todas las formas dañinas de regulación de las antiguas formas de propiedad, tales como la tierra: el control de alquileres y la mayor parte de las ordenanzas de zonificación no pasan el examen. Estas instituciones son propuestas cuando los mercados voluntarios son más robustos y los problemas de coordinación son insignificantes. De acuerdo con esto, causan una disminución de la riqueza total. El cambio social puede ser complejo, pero las reglas simples, aplicadas apropiadamente, son capaces de acomodarlo. Esta última línea de ataque contra el sistema, entonces, está fuera de lugar.

## NEGOCIOS INCONCLUSOS

Hay, finalmente, un cargo contra la defensa de las reglas simples respecto del cual me declaro culpable. En este libro, he enfocado preferentemente la atención en asuntos del *common law* de libertad y responsabilidad, particularmente las reglas de propiedad, de contratos y de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, hoy en día hay muchos asuntos que originan preguntas que van más allá de los asuntos legales discutidos aquí. Nada he dicho sobre los problemas de prestación de cuidados de la salud; nada sobre la relación entre la Iglesia y el Estado; nada sobre pornografía y obscenidad; nada sobre educación en todos los niveles; nada acerca de infraestructura, nada acerca de lo militar; nada acerca de la investigación científica; en fin, nada acerca de muchos asuntos que dominan el discurso político de la actualidad.

La omisión es deliberada. Y acerca de ella ofreceré, sin defensa alguna, solamente estas observaciones concluyentes. Muchas de las dificultades que tenemos en esas áreas se basan en la disposición de reclamar para el sector público funciones que el sector privado desarrolla mejor. La educación es seguramente un ejemplo primario de la proposición y, sin embargo, la resistencia a un sistema de *vouchers*<sup>17</sup> permanece fuerte ciertamente. La prestación de cuidados de salud es otro, y la insistencia de que es un derecho legítimo y exigible por la ciudadanía fuera del régimen del contrato conducirá a un mayor deterioro del sistema y a mayores gastos. Cuando estos asuntos se negocian con el gobierno, se presta muy poca atención a los principios de justa compensación que han probado ser tan importantes en las áreas privadas: en lugar

---

<sup>17</sup> El autor hace referencia a la alternativa propuesta por algunos autores a la educación estatal, en virtud de la cual el gobierno, allí donde quisiera subsidiar la educación, entregaría *vouchers* a los padres de familia para que estos paguen la educación de sus hijos en escuelas privadas.

de eso, todo está siempre sujeto a manejos inescrupulosos. Finalmente, es mejor evitar el error de pensar que nada puede ser resuelto salvo que todo esté resuelto. En algún punto, es necesario proceder en pequeños pasos y reconocer que no debe postergarse la exigencia de reformas en algunas áreas hasta el día en que todos los problemas puedan ser resueltos de una sola vez. Los ámbitos que he abordado son importantes y vale la pena considerarlos en su propia entereza. Cuando sean administrados apropiadamente, deberán mejorar la situación social total y, en consecuencia hacer posible atacar muchos de los asuntos sociales que cuidadosamente he puesto de lado. Sospecho que, incluso en esas áreas, estas reglas simples funcionarían mucho mejor de lo que la mayoría de personas supone. Pero sea como sea, hay grandes y complejos dominios de la actividad humana en los cuales las reglas simples deberían superar ampliamente a sus más complejos rivales. Para estos dominios, queda la difícil pregunta: ¿tenemos el valor de usar soluciones simples cuando las soluciones complejas ya han fallado?





SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE  
TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA  
PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA  
Correo e.: [tareagrafica@terra.com.pe](mailto:tareagrafica@terra.com.pe)  
TELÉF. 424-8104 / 332-3229 FAX: 424-1582  
MAYO 2005 LIMA - PERÚ



## **SOBRE LA ASOCIACIÓN CIVIL IUS ET VERITAS**

Ius et Veritas es una asociación civil sin fines de lucro, integrada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y que, desde su creación en 1990, ha trabajado incesantemente en la difusión de la cultura jurídica. Además de la revista que semestralmente edita, la asociación lleva a cabo diversas actividades, como la realización de seminarios, cursos, talleres e investigaciones.

La edición de *Reglas simples para un mundo complejo* de Richard A. Epstein es el primer gran logro de la Asociación Civil Ius et Veritas en lo que se refiere a su esfuerzo por ampliar aún más su ámbito de acción hacia la edición de obras jurídicas completas.

### **Fondo Editorial de la PUCP**

Plaza Francia 1164, Lima 1 - Perú

Teléfonos: (51 1) 330-7410, 330-7411

Fax: (51 1) 330-7405

Correo electrónico: [feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/publicaciones/fondo\\_ed/](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones/fondo_ed/)



**L**a primera edición en inglés de *Reglas simples para un mundo complejo* fue publicada en 1995 por la Universidad de Harvard, y la presente constituye su primera edición en castellano.

En *Reglas simples para un mundo complejo*, el autor critica la cada vez más agobiante y complicada regulación presente en los ordenamientos jurídicos, así como la excesiva intervención del Estado en las actividades de los particulares. En lugar de ello, Epstein, firme creyente de que los acuerdos cooperativos entre los individuos son mejores si están sujetos solo a su voluntad en lugar de al control público, propone el establecimiento de un orden jurídico basado en pocas reglas, simples, que no limiten la autonomía de los individuos.

El libro, además de explicar las seis reglas básicas (reglas sobre autonomía o «propiedad sobre uno mismo», propiedad, contratación, responsabilidad civil extracontractual, contratación forzada y expropiaciones) que debe contener un sistema jurídico, analiza temas tan interesantes y polémicos como las relaciones laborales, la discriminación, la responsabilidad profesional y por productos defectuosos, y el medio ambiente, entre otros.

ISBN 978-9972-42-704-8



9 789972 427046