Robert D. Cooter
y Thomas Ulen

Derecho y economía

POLÍTICA Y DERECHO

Robert D. Cooter es doctor en economía por la Universidad de Harvard; profesor de la Universidad de California en Berkeley y autor de libros y artículos sobre derecho privado y constitucional, economía y desarrollo jurídico. Se le considera uno de los pioneros en el campo del análisis económico del derecho. Es coeditor de la *Revista Internacional de Derecho y Economía,* y es uno de los fundadores de la Asociación Estadunidense de Derecho y Economía.

Thomas Ulen es doctor en economía por la Universidad de Stanford; profesor emérito, investigador y director del programa en Derecho y Economía en la Universidad de Illinois en Urbana-Champaign y autor de diversos libros y artículos en materia jurídica y económica. En el Colegio de Derecho es coorganizador del Congreso Anual de la Asociación de Derecho y Economía del Medio Oeste.

SECCIÓN DE OBRAS DE POLÍTICA Y DERECHO

DERECHO Y ECONOMÍA

Traducción
EDUARDO L. SUÁREZ

Traducción y revisión de la nueva edición
MARÍA TERESA FRANCO GONZÁLEZ

ROBERT COOTER Y THOMAS ULEN

Derecho y economía

Primera edición en inglés, 1987
Segunda edición en inglés, 1997
Primera edición en español de la segunda en inglés, 1998
Cuarta edición en inglés, 2004
Segunda edición en español de la cuarta en inglés, 2008
Sexta edición en inglés, 2012
Tercera edición en español de la sexta en inglés, 2016
Primera edición electrónica, 2016

Diseño de portada: Laura Esponda Aguilar

Traducción autorizada de la edición en inglés titulada
Law and Economics, 6ª edición, de Robert Cooter y Thomas Ulen,
Copyright © 2012, 2008, 2004, 2000, Pearson Education, Inc. Todos los derechos reservados.

D. R. © 2016, Fondo de Cultura Económica
Carretera Picacho-Ajusco, 227; 14738 Ciudad de México

www.fondodeculturaeconomica.com

Comentarios:
editorial@fondodeculturaeconomica.com
Tel. (55) 5227-4672

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, sea cual fuere el medio. Todos los contenidos que se incluyen tales como características tipográficas y de diagramación, textos, gráficos, logotipos, iconos, imágenes, etc. son propiedad exclusiva del Fondo de Cultura Económica y están protegidos por las leyes mexicana e internacionales del copyright o derecho de autor.

ISBN 978-607-16-4310-0 (mobi)

Hecho en México - *Made in Mexico*

SUMARIO

Prefacio

I. *Introducción al derecho y la economía*

II. *Revisión breve de la teoría microeconómica*

III. *Introducción breve al derecho y las instituciones legales*

IV. *Teoría económica de la propiedad*

V. *Temas de la economía del derecho de la propiedad*

VI. *Teoría económica de los ilícitos culposos*

VII. *Temas en la economía de la responsabilidad de los ilícitos culposos*

VIII. *Teoría económica del derecho de los contratos*

IX. *Temas del análisis económico del derecho de los contratos*

X. *Teoría económica del proceso legal*

XI. *Temas en el análisis económico del proceso legal*

XII. *Teoría económica del delito y el castigo*

XIII. *Temas en la economía del delito y el castigo*

Índice de casos
Índice onomástico
Índice de temas
Índice general

PREFACIO

Esta sexta edición de *Derecho y economía* llega mientras el área celebra sus (casi) 30 años. Lo que comenzó como un nicho académico ha crecido hasta convertirse en una de las herramientas de análisis jurídico más utilizadas. El tema se ha extendido desde los Estados Unidos hasta muchos otros países. A medida que se profundiza en los estudios legales, los conceptos medulares del derecho y la economía se vuelven más claros y más estables, y las nuevas aplicaciones se desarrollan a partir del núcleo, como especies biológicas que evolucionan a través de la especialización. Con cada nueva edición se refina la explicación de la base analítica y se incorporan nuevas aplicaciones de forma selectiva según lo permita el espacio. Esta edición amplía debates anteriores de estudios jurídicos empíricos y del derecho y la economía del comportamiento. A medida que incorporamos material nuevo y respondemos a las sugerencias que tantas personas nos han enviado, el libro se siente más como una sinfonía y menos como un dueto. Esperamos que el lector disfrute este libro tanto como nosotros disfrutamos al escribirlo.

Derecho y economía aún cubre el análisis económico del derecho de propiedad, de los actos ilícitos, los contratos, el proceso legal y los delitos. Los profesores y los estudiantes que han utilizado ediciones anteriores notarán que hemos invertido el orden en que abordamos los ilícitos y los contratos, y que dividimos el material sobre el proceso legal en dos capítulos: uno sobre la teoría y otro sobre los temas —en paralelo con nuestro enfoque de todas las otras áreas propias del derecho—. A continuación se describen las novedades de esta edición, seguidas por un reporte del sitio web del libro.

Lo nuevo en esta edición

La sexta edición ha sido revisada y actualizada para reflejar los últimos avances en el derecho y la economía. Los principales cambios en el texto son los siguientes:

- Se han actualizado cuadros y gráficas.
- A lo largo del texto se han añadido nuevos cuadros y lecturas sugeridas.
- Se han actualizado y añadido notas web.
- El capítulo VI incluye información adicional sobre la responsabilidad y las costumbres del comercio.
- El capítulo VIII mejora la explicación de los compromisos contractuales a través de una mejor representación del problema principal-agente.
- El capítulo IX ahora incluye material nuevo sobre fallas, responsabilidad indirecta, daños incomprensibles, daños punitivos, demandas colectivas,

mala práctica médica y algunos aspectos del comportamiento de los recursos contractuales.

- El capítulo X contiene un nuevo enfoque de la toma de decisiones de los posibles litigantes y sus abogados, y las nuevas cifras y árboles de decisión.
- El capítulo XI, nuevo, combina material nuevo sobre el proceso legal y una evaluación empírica actualizada de distintos aspectos de las controversias jurídicas.
- Ahora el capítulo XII contiene el material teórico sobre el delito y el castigo, actualizado y aclarado.
- El capítulo XIII aplica los conocimientos teóricos del capítulo anterior a cuestiones políticas de amplio alcance en materia de justicia penal y actualiza los datos e información de ediciones anteriores.

Aspectos del sitio web

El sitio web presenta abundantes materiales suplementarios que ayudarán a enseñar y aprender sobre derecho y economía. Las "notas web", que aparecen a lo largo del texto, indican los puntos en los que hay material adicional en el sitio web complementario en www.pearsonhighered.com/cooter_ulen. Estas notas amplían las presentaciones de texto, proporcionan guías y enlaces a artículos nuevos y libros, y contienen extractos de los casos. Incluimos también algunos ejemplos de nuestros exámenes y conjuntos de problemas.

Para referencia de los instructores, se encuentra disponible un *Manual del instructor* actualizado, que refleja los cambios en la nueva edición. Este manual está disponible para su descarga en el centro de recursos de instructor en www.pearsonhighered.com/irc.

Reconocimientos

Seguimos sintiéndonos profundamente agradecidos con nuestros colegas de Boalt Hall, en la Universidad de California, Berkeley, y del Colegio de Derecho de la Universidad de Illinois, por los magníficos ambientes académicos en los que trabajamos. Nuestros colegas han sido extremadamente generosos al regalar horas de su tiempo para ayudarnos a entender mejor el derecho. Y en uno de los grandes milagros de la empresa educativa en marcha, continuamos aprendiendo mucho de los estudiantes a quienes tenemos el placer de enseñar en Berkeley, Illinois y otras partes.

También debemos agradecer a los muchos colegas y estudiantes de otras universidades que han utilizado nuestro libro en sus clases y nos han enviado muchas sugerencias útiles sobre cómo mejorarlo. Agradecemos en particular a Joe Kennedy, de Georgetown, quien nos ha hecho comentarios notablemente minuciosos y singularmente útiles sobre las mejoras en el texto.

Expresamos nuestro agradecimiento a los siguientes reseñadores por su

comentario atento sobre la quinta edición: Howard Bodenhorn, J. Lon Carlson, Joseph M. Jadlow y Mark E. McBride.

También nos gustaría agradecer a todos aquellos que brindaron asistencia en la investigación de esta sexta edición: Theodore Ulen, Timothy Ulen y Brian Doxey. Y de igual manera, por su apoyo y ayuda de mucho tiempo, a Jan Crouter, Dhammika Dharmapala, Lee Ann Fennell, Nuno Garoupa, John Lopatka, Richard McAdams, Andy Morriss, Tom Nonnenmacher, Noel Netusil, Dan Vander Ploeg y David Wishart.

Por último, les debemos un agradecimiento especial a nuestros asistentes Ida Ng, de Boalt Hall, y Sally Cook, del Colegio de Derecho de la Universidad de Illinois, quienes realizan muchas cosas grandiosas para ayudarnos a completar nuestra labor, así como todas las cosas pequeñas sin las cuales sería imposible gran parte de nuestro trabajo. Muchas gracias.

ROBERT D. COOTER
Berkeley, California

THOMAS S. ULEN
Champaign, Illinois

Noviembre de 2010

I. INTRODUCCIÓN AL DERECHO Y LA ECONOMÍA

> Para el estudio racional del derecho es posible que el hombre del portafolios sea el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de la estadística y el conocedor de la economía [...] Sabemos que para obtener una cosa debemos renunciar a otra, y se nos enseña a comparar la ventaja que ganamos con la ventaja que perdemos, y a saber lo que estamos haciendo cuando elegimos.
>
> OLIVER WENDELL HOLMES, "The Path of the Law",
> *Harvard Law Review* 10, 457, 469, 474 (1897)[1]

> Para mí, el aspecto más interesante del movimiento del derecho y la economía ha sido su aspiración a colocar el estudio del derecho sobre una base científica, con una teoría coherente, con hipótesis precisas deducidas de la teoría, y verificaciones empíricas de las hipótesis. El derecho es una institución social de enorme antigüedad e importancia, y no puedo ver ninguna razón para que no sea susceptible al estudio científico. La economía es la más avanzada de las ciencias sociales, y el sistema legal contiene muchos paralelos y traslapes con los sistemas que los economistas han estudiado con éxito.
>
> JUEZ RICHARD A. POSNER, en Michael Faure
> y Roger Van den Bergh (comps.),
> *Essays in Law and Economics* (1989)

HASTA hace poco tiempo, el derecho confinaba el uso de la economía a las áreas de las leyes antimonopólicas, las industrias reguladas, los impuestos y temas especiales como la determinación de los daños monetarios. El derecho necesitaba a la economía en estas áreas para contestar interrogantes como "¿cuál es la participación del demandado en el mercado?", "¿el control de precios de los seguros automotrices reducirá su disponibilidad?", "¿quién soporta en realidad la carga del impuesto a las ganancias de capital?" y "¿cuánto ingreso futuro podrían perder los hijos por la muerte de su madre?"

Esta interacción limitada cambió drásticamente a principios de la década de 1960, cuando el análisis económico del derecho se expandió hacia las áreas más tradicionales del mismo, como la propiedad, los contratos, los ilícitos culposos, el derecho penal y procesal penal, y el derecho constitucional.[2] En esta nueva utilización de la economía en el campo del derecho se formulaban interrogantes como "¿la propiedad privada del espectro electromagnético alentará su uso eficiente?", "¿cuál sanción del incumplimiento contractual provocará una confianza eficiente en las promesas?", "¿las empresas adoptarán la precaución adecuada cuando la ley las considere estrictamente responsables de los daños causados a los consumidores?", y "¿la imposición de castigos más severos evitará

la comisión de delitos violentos?”

La economía ha cambiado la naturaleza de los estudios legales, el entendimiento común de las reglas y las instituciones legales e incluso la práctica del derecho. Como una prueba, consideremos estos indicadores del impacto de la economía sobre el derecho. Hacia 1990 al menos un economista se encontraba entre el personal docente de todas las escuelas de derecho de América del Norte y de algunas de Europa Occidental. En muchas universidades prominentes existen programas conjuntos (un doctorado en economía y un grado equivalente en derecho). Las revistas jurídicas publican muchos artículos que utilizan el enfoque económico, y hay varias revistas dedicadas exclusivamente a este campo.[3] En fechas recientes, un estudio exhaustivo reveló que en las principales revistas jurídicas estadunidenses se citan artículos que usan el enfoque económico con mayor frecuencia que los artículos que utilizan cualquier otro.[4] Ahora la mayoría de los cursos de las escuelas de derecho de los Estados Unidos incluyen por lo menos un breve resumen del análisis económico del derecho en cuestión. Muchas áreas legales sustantivas, tales como la del derecho corporativo, se enseñan a menudo desde una perspectiva de derecho y economía.[5] Hacia finales de los años noventa había organizaciones profesionales de derecho y economía en Asia, Europa, Canadá, Estados Unidos, América Latina, Australia y en otras partes. Este campo recibió el nivel de reconocimiento más alto en 1991 y 1992, cuando se otorgó el Premio Nobel de Economía[6] consecutivamente a economistas que ayudaron a fundar el análisis económico del derecho: Ronald Coase y Gary Becker. Resumiendo todo esto, el profesor Bruce Ackerman, de la Escuela de Derecho de Yale, describió el enfoque económico del derecho como “el desarrollo más importante del siglo XX en el campo de la investigación jurídica”.

El impacto de este nuevo campo va más allá de las universidades y llega a la práctica del derecho y la ejecución de las políticas públicas. La economía proporcionó los fundamentos intelectuales del movimiento de desregulación de la década de 1980, que en los Estados Unidos produjo cambios tan radicales como la disolución de los organismos reguladores que fijaban precios y rutas para aviones, camiones y ferrocarriles. La economía fue también la fuerza intelectual que impulsó la revolución de las leyes antimonopólicas de los Estados Unidos en las décadas de 1970 y 1980. En otra área de las políticas públicas, una comisión creada por el Congreso en 1984 para reformar el sistema de sentencias penales en los tribunales federales utilizó explícitamente los hallazgos del derecho y la economía para llegar a algunos de sus resultados. Por su parte, varios académicos destacados en el campo del derecho y la economía han sido designados jueces federales y han utilizado el análisis económico al definir sus opiniones: Stephen Breyer, ministro de la Suprema Corte de los Estados Unidos; los jueces Richard A. Posner y Frank Easterbrook, del Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos; el juez Guido Calabresi, del Tribunal

de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos; el juez Douglas Ginsburg y el ex juez Robert Bork, del Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia de los Estados Unidos, y el juez Alex Kozinski, del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos.

¿QUÉ ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

¿Por qué ha tenido éxito el análisis económico del derecho, sobre todo en los Estados Unidos, pero cada vez más también en otros países?[7] Como el conejo en Australia, la economía encontró un nicho vacante en la "ecología intelectual" del derecho y lo ocupó con rapidez. Para explicar este nicho, consideremos esta definición clásica de algunos tipos de derecho: "Una ley es una obligación respaldada por una sanción estatal".

Los legisladores se preguntan a menudo: "¿Cómo afectará una sanción al comportamiento?" Por ejemplo, si se condena al fabricante de un producto defectuoso a pagar los daños, ¿qué ocurrirá con la seguridad y el precio del producto en el futuro? O bien, ¿disminuirá la cantidad de delitos si se encarcela automáticamente a quienes delincan por tercera vez? En 1960 los abogados contestaban tales interrogantes en una forma muy similar a como lo habían hecho 2 000 años atrás: con base en la intuición y la consulta de cualquier dato disponible.

La economía aportó una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento. Para los economistas, las sanciones son como los precios y, supuestamente, los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden ante los precios. Los individuos responden a una elevación de los precios consumiendo menos del bien más caro, de modo que, supuestamente, los individuos responden ante las sanciones legales más severas realizando menos de la actividad sancionada. La economía cuenta con teorías matemáticamente precisas (la teoría de precios y la teoría de juegos) y métodos empíricamente razonables (la estadística y la econometría) para analizar los efectos de los precios implícitos que las leyes imponen sobre el comportamiento.

Consideremos un ejemplo jurídico. Supongamos que un fabricante sabe que su producto dañará a veces a los consumidores. ¿En qué medida mejorará la seguridad del producto? Para una empresa maximizadora de su ganancia, la respuesta depende de tres costos: primero, el costo de hacer que el producto sea más seguro, el que a su vez depende de ciertas características del diseño y la manufactura; segundo, la responsabilidad legal del fabricante por daños causados a los consumidores, y, tercero, la medida en la que los daños desalientan a los consumidores de comprar el producto. El productor maximizador de beneficios ajustará la seguridad hasta que el costo de la seguridad adicional iguale el beneficio de la reducción de la responsabilidad y

una mayor demanda del producto por parte del consumidor.

Generalizando, podemos decir que la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante las leyes. Esta teoría rebasa la intuición, así como la ciencia rebasa el sentido común. La respuesta de los individuos siempre es relevante para hacer, revisar, derogar e interpretar las leyes. Uno de los ensayos más famosos sobre el derecho y la economía describe la ley como una catedral: un edificio grande, antiguo, complejo, hermoso, misterioso, sagrado.[8] La ciencia del comportamiento se asemeja a la argamasa que se encuentra entre las piedras de la catedral, la cual sostiene a cada piedra.

Una predicción puede ser neutra o cargada con respecto a los valores sociales. Un estudio halló que, presuntamente, las multas más altas por exceso de velocidad en las autopistas hacen que la velocidad se exceda menos. A fin de cuentas, ¿esto es bueno o malo? El hallazgo no sugiere una respuesta. En contraste, supongamos que un estudio demuestra que el costo adicional del cobro de multas más altas es superior al beneficio resultante de un menor número de accidentes, por lo que una multa más elevada sería "ineficiente". Este hallazgo sugiere que una multa más elevada sería perjudicial. La eficiencia siempre es relevante para la elaboración de políticas, ya que los funcionarios públicos nunca defienden el despilfarro del dinero. Como muestra este ejemplo, además de predicciones neutras, la economía hace que las predicciones cargadas, los jueces y otros funcionarios requieran un método para evaluar los efectos de las leyes en los valores sociales importantes. La economía proporciona dicho método para la eficiencia.

Además de la eficiencia, la economía pronostica los efectos de las leyes sobre otro valor importante: la distribución del ingreso. Entre las primeras aplicaciones de la economía a las políticas públicas se encontraba su utilización para pronosticar quién soportaría realmente la carga de diversos impuestos. Más que otros científicos sociales, los economistas entienden cómo las leyes afectan la distribución del ingreso y la riqueza entre las clases y los grupos. Mientras que casi todos los economistas recomiendan a menudo algunos cambios que incrementan la eficiencia, algunos economistas toman partido en las disputas acerca de la distribución y otros no.

En lugar de hablar de la eficiencia o la distribución, la gente de negocios, en su mayoría, habla de los beneficios. Gran parte del trabajo de los abogados tiene como objetivo aumentar las ganancias de las empresas, especialmente ayudándolas a llegar a acuerdos, evitar litigios y cumplir con las regulaciones. Estas tres actividades corresponden a tres áreas de práctica legal en las grandes firmas de abogados: transacciones, litigios y regulación. La eficiencia y la rentabilidad están relacionadas de manera tan estrecha que los abogados pueden utilizar los principios de eficiencia que se abordan en este libro con el fin de ayudar a las empresas a ganar más dinero. La eficiencia económica es una

medida integral de los beneficios públicos que incluye los beneficios de las empresas, el bienestar de los consumidores y los salarios de los trabajadores. La lógica de la maximización de la medida integral (eficiencia) es muy parecida a la lógica de la maximización de uno de sus componentes (beneficios). Un buen sistema legal mantiene alineado el beneficio de los negocios con el bienestar de los individuos, por lo que la búsqueda de beneficios también beneficia al público.

2. Algunos ejemplos

A fin de aclarar qué son el derecho y la economía, examinaremos algunos ejemplos basados en los clásicos sobre el tema. Primero, trataremos de identificar el precio implícito que la norma legal atribuye al comportamiento en cada ejemplo. Segundo, pronosticaremos las consecuencias de las variaciones de ese precio implícito. Por último, evaluaremos los efectos en términos de la eficiencia y, cuando sea posible, en términos de la distribución.

EJEMPLO 1

Una comisión sobre la reforma del derecho penal ha identificado ciertos delitos cometidos por empleados (como el robo de dinero al empleador) que se cometen de manera habitual luego de un cálculo racional de la ganancia potencial y del riesgo de ser atrapados y sancionados. Después de interrogar a muchos testigos, cuya mayoría son economistas, la comisión decide que el castigo apropiado para estos delitos es una multa y no la prisión. La comisión desea saber ¿qué tan alta debe ser la multa?

Los economistas que declararon ante la comisión tienen una estrategia para responder esta pregunta. La comisión se centró en delitos racionales que se presentan rara vez, a menos que la ganancia esperada por el criminal supere al costo esperado. El costo esperado depende de dos factores: la probabilidad de ser descubierto y condenado, y la magnitud del castigo. Para nuestros propósitos, podemos definir el costo esperado del delito para el criminal como el producto de la probabilidad de ser multado multiplicada por la magnitud del castigo.

Supongamos que la probabilidad del castigo disminuye 5% y la magnitud de la multa aumenta 5%. En ese caso, el costo esperado del delito para el delincuente permanece más o menos igual. En tal virtud, el criminal responderá supuestamente cometiendo la misma cantidad de delitos. (En el capítulo XII explicaremos las condiciones precisas para la validez de esta conclusión.) Esto es un pronóstico de cómo responde el comportamiento ilícito a su precio implícito.

Ahora evaluaremos este efecto en relación con la eficiencia económica. Cuando una disminución de la probabilidad de ser multado contrarresta un aumento de la magnitud del castigo, el costo esperado del delito sigue siendo más o menos el mismo para los criminales, pero es posible que cambien los costos del delito para el sistema de justicia penal. Los costos para el sistema de justicia penal del aumento de la probabilidad de una multa incluyen los recursos

destinados a la aprehensión y el procesamiento de los criminales, por ejemplo, del número y la calidad de los auditores, los inspectores fiscales y bancarios, policías, fiscales y similares. Si bien el costo de aumentar la probabilidad de capturar y condenar a los delincuentes de cuello blanco es relativamente alto, la administración de las multas es relativamente barata. Estos hechos implican una prescripción para mantener la delincuencia de cuello blanco en cualquier nivel especificado al menor costo para el Estado: invertir poco en la aprehensión y el procesamiento de los delincuentes, y multar severamente a quienes sean aprehendidos. En consecuencia, la comisión podría recomendar multas muy elevadas en su lista de castigos para los delitos de empleados.

El profesor Gary Becker dedujo este resultado en un famoso ensayo citado por el Comité del Premio Nobel en su galardón. En los capítulos XII y XIII discutiremos estos hallazgos con mucho mayor detalle.

EJEMPLO 2

Una compañía petrolera firma un contrato para entregar petróleo del Medio Oriente a un fabricante europeo en cierta fecha. Antes de que se entregue el petróleo, estalla una guerra en el país exportador, de modo que la compañía petrolera no puede cumplir el contrato. La falta de petróleo hace que el fabricante europeo pierda beneficios. El fabricante demanda a la compañía petrolera por incumplimiento del contrato y pide que el tribunal la condene a pagar una suma de dinero igual a la cantidad de beneficios que perdió. El contrato no dice nada acerca del riesgo de incumplimiento en caso de que estalle una guerra, de modo que el tribunal no puede leer simplemente el contrato y resolver la disputa en los términos del propio contrato. La compañía petrolera alega que debe eximírsele del cumplimiento o concedérsele términos menos exigentes para el cumplimiento porque la guerra que frustró su intención de cumplir el contrato no fue prevista por ninguna de las partes contratantes. Para resolver la controversia, el tribunal deberá decidir si excusa el cumplimiento de la compañía petrolera alegando que la guerra volvió "imposible" el cumplimiento, o decidir que la compañía petrolera incumplió el contrato y deberá compensar al fabricante por los beneficios perdidos.[9]

La guerra es un riesgo para los negocios en el Medio Oriente y debe ser asumido por una de las partes del contrato, el tribunal deberá decidir cuál lo hará. ¿Cuáles son las consecuencias de las diferentes decisiones judiciales? La decisión del tribunal cumple con dos cosas. Primero, soluciona la disputa entre los litigantes: "resolución de disputas". Segundo, sirve de referencia para futuras partes que se encuentren en circunstancias similares acerca de la manera en que los tribunales pueden resolver su disputa: "creación de reglas". El derecho y la economía son útiles en la resolución de disputas, pero destacan sobre todo en la creación de reglas. De hecho, una de las preguntas centrales de este libro es, en el futuro, "¿de qué manera afectará el comportamiento de las partes en una situación similar la regla expresada por el legislador para resolver una disputa en particular?" Y "¿el comportamiento previsto es deseable?"

La compañía petrolera y el fabricante pueden tomar precauciones contra la

guerra en el Medio Oriente, aunque ninguno de ellos puede evitarla. La compañía petrolera puede firmar contratos de respaldo para la entrega de petróleo venezolano, y el fabricante puede almacenar petróleo para situaciones de emergencia. La eficiencia requiere que tome precauciones la parte que pueda asumirlas al menor costo. ¿Quién está en una mejor posición para tomar precauciones contra la guerra, la compañía petrolera o el fabricante? Dado que la empresa petrolera trabaja en el Medio Oriente, es probable que esté en mejor posición que el fabricante europeo para evaluar el riesgo de guerra en la región y tomar las precauciones necesarias. En aras de la eficiencia, el tribunal podría considerar responsable a la compañía petrolera y citar el principio de que los tribunales asignarán los riesgos que no estén cubiertos en un contrato a la parte que pueda asumirlos al menor costo. Éste es el principio del portador de riesgo al menor costo,[10] el cual es congruente con los fallos de algunos casos surgidos a resultas de la guerra de 1967 en el Medio Oriente. Los capítulos VIII y IX consideran a detalle las bases de este principio.

EJEMPLO 3

La Eddie's Electric Company emite humo, el cual ensucia la ropa colgada en la lavandería Lucille's. Eddie's puede abatir la contaminación instalando limpiadores en sus chimeneas, y Lucille's puede reducir el daño instalando filtros en su sistema de ventilación. La instalación de filtros es más barata que la instalación de limpiadores. Nadie más se ve afectado por la contaminación porque Eddie's y Lucille's están cerca la una de la otra, pero lejos de otras instalaciones. Lucille's inicia procedimientos judiciales para que Eddie's sea declarada una "molestia". Si la acción procede, el tribunal ordenará a Eddie's que abata su contaminación. De otra manera, el tribunal no intervendrá. ¿Cuál es la resolución apropiada de esta disputa?

La eficiencia requiere que Lucille's instale filtros, lo cual es más barato que la instalación de limpiadores de Eddie's. ¿Cómo puede generar este resultado el tribunal? Primero, supongamos que Eddie's y Lucille's no pueden negociar ni cooperar entre sí. Si Lucille's gana el pleito y el tribunal ordena a Eddie's que reduzca la contaminación, Eddie's tendrá que instalar limpiadores, lo cual no es eficiente. Pero si Lucille's pierde el pleito, tendrá que instalar filtros, lo que es eficiente. En consecuencia, es eficiente que Lucille's pierda el pleito.

Consideremos ahora cómo cambia el análisis si Eddie's y Lucille's pueden negociar y cooperar entre sí. Sus beneficios conjuntos (la suma de los beneficios de Eddie's y de Lucille's) serán mayores si escogen el instrumento más barato para eliminar el daño derivado de la contaminación. Cuando sus beneficios conjuntos son mayores, estas empresas pueden dividirse la ganancia para mejorar la situación de ambas. El instrumento más barato es también el más eficiente. En consecuencia, en este ejemplo se alcanza la eficiencia cuando Lucille's y Eddie's negocian y cooperan entre sí, cualquiera que sea la disposición legal. Ronald Coase dedujo este resultado en un famoso ensayo citado por el Comité del Premio Nobel cuando recibió el galardón. En el capítulo IV

comentaremos este famoso resultado.

3. La primacía de la eficiencia sobre la distribución al analizar el derecho privado

Explicamos antes que los economistas son expertos en dos valores de las políticas públicas, la eficiencia y la distribución. En la mayoría de las disputas legales las "apuestas" tienen un valor monetario. La decisión de una disputa legal implica casi siempre la asignación de la apuesta entre las partes. La decisión acerca de qué porción de la apuesta obtiene cada una de las partes genera incentivos para el comportamiento futuro, no sólo de las partes de esta disputa particular, sino de todos los demás que se encuentren en una situación similar. En este libro utilizamos tales efectos de incentivo para pronosticar las consecuencias de las decisiones, las políticas, las reglas y las instituciones legales. Al evaluar estas consecuencias, nos concentraremos en la eficiencia antes que en la distribución. Ahora explicaremos por qué.

Al hacer una regla, la división de la apuesta de una disputa legal afecta a todos los individuos que se encuentran en una situación similar. Si el demandante de un juicio es un consumidor de un bien particular, un inversionista en un valor particular o el conductor de un automóvil, entonces una decisión en favor del demandante podría beneficiar a todos los consumidores de este bien, los inversionistas en este valor o los conductores de automóviles. Sin embargo, la mayoría de los proponentes de la redistribución del ingreso tienen en mente otra cosa. En lugar de considerar la distribución para los consumidores, inversionistas o automovilistas, los defensores de la redistribución del ingreso o la riqueza suelen enfocarse en grupos sociales tales como los pobres, las mujeres o las minorías. Algunas personas defienden apasionadamente la redistribución del ingreso gubernamental por clase, género o raza en aras de la justicia social. Un procedimiento que puede utilizarse para buscar la redistribución es el del derecho privado: el derecho de la propiedad, los contratos y los ilícitos culposos. De acuerdo con esta filosofía, los tribunales deben interpretar o hacer que el derecho privado redistribuya la riqueza en favor de grupos de individuos que lo merezcan. Por ejemplo, si los consumidores son en promedio más pobres que los inversionistas, los tribunales deberán interpretar las reglas de la responsabilidad en favor de los consumidores y en contra de las corporaciones.

Este libro rechaza el enfoque de la redistribución para el derecho privado. Perseguir metas de redistribución es un uso excepcional del derecho privado que podría justificarse en circunstancias especiales, pero no debe ser el uso habitual del derecho privado. Ésta es la razón: como el resto de la población, los economistas difieren entre ellos acerca de los fines redistributivos. Sin embargo, los economistas están generalmente de acuerdo en lo tocante a los medios redistributivos. Evitando el despilfarro, la redistribución eficiente beneficia a todos en relación con la redistribución ineficiente. Evitando el despilfarro, la

redistribución eficiente aumenta también el apoyo para la redistribución. Por ejemplo, es mucho más probable que la gente haga donaciones a una organización caritativa que redistribuya eficientemente la riqueza, y no a alguna otra que gaste la mayor parte de su recaudación en la administración.

Un ejemplo provocador permitirá apreciar las ventajas de una redistribución eficiente. Supongamos que un desierto contiene dos oasis, uno de los cuales tiene nieve, mientras que el otro no tiene nada. Los defensores de la justicia social que están a favor de la redistribución ganan el control del Estado y declaran que el primer oasis deberá compartir su nieve con el segundo. En respuesta, el primer oasis llena de nieve un gran tazón y envía a un joven que corre a lo largo del desierto llevando el tazón al segundo oasis. El sol ardiente derrite algo de la nieve, de modo que el primer oasis pierde más nieve que la recibida por el segundo oasis. La nieve derretida representa el costo de la redistribución. Quienes disputan vehementemente acerca de la cantidad de nieve que debiera enviar el primer oasis al segundo podrían convenir en que debiera transportarla un corredor más rápido. También podrían convenir en escoger un corredor honesto que no se coma la nieve en el camino.

Muchos economistas creen que los programas de tributación progresiva y de bienestar social —el sistema de impuestos y transferencias, como suele llamárseles— pueden alcanzar metas redistributivas en los Estados modernos de manera más eficiente que mediante la modificación o la redistribución de los derechos legales privados. Hay varias razones por las que la redistribución de los derechos legales privados se parece a la entrega de la nieve a un corredor lento.

Primero, el impuesto sobre la renta afecta con precisión a la desigualdad, mientras que la redistribución mediante los derechos legales privados descansa en promedios rudimentarios. Por ejemplo, supongamos que los tribunales interpretan una ley en favor de los consumidores y en contra de las corporaciones a fin de redistribuir la riqueza de los ricos a los pobres.[11] "Consumidores" e "inversionistas" corresponden imperfectamente a "pobres" y "ricos". Los consumidores de automóviles Ferrari, de vacaciones para esquiar y de la ópera tienden a ser relativamente ricos. Muchos negocios pequeños se organizan como corporaciones. Además, los miembros de sindicatos que tienen buenos planes de pensiones poseen acciones de compañías grandes. Al gravar la renta de manera progresiva, la ley distingue entre ricos y pobres con mayor precisión que si se emplea el enfoque indirecto de concentrarse en "consumidores" e "inversionistas".

Serio aviso para los estudiantes

Si el lector es como la mayoría de los estudiantes que leen este libro —investigadores del más alto calibre moral— no es necesario tomarse la molestia de leer el resto del párrafo. Si el lector es uno de esos malos

estudiantes —cada año tenemos algunos— aquí presentamos un serio aviso para usted. Según las creencias tradicionales chinas, los pecadores son juzgados y sancionados en diez tribunales del infierno después de la muerte. El sexto tribunal juzga el pecado del "abuso de los libros", punible mediante un corte en dos partes de la cabeza a los pies. El octavo tribunal juzga el pecado de "hacer trampa en los exámenes", punible a través de un corte para arrancar los intestinos. ¡Así que no se atreva a abusar de este libro o a hacer trampa en los exámenes!

Segundo, los efectos distributivos de la redistribución de derechos privados son difíciles de pronosticar. Por ejemplo, los tribunales no pueden confiar en que si declaran a una corporación responsable ante sus consumidores disminuirá la riqueza de sus accionistas. Es posible que la corporación traslade a los consumidores sus costos incrementados a través de precios más altos, en cuyo caso el fallo del tribunal redistribuirá los costos de algunos consumidores a otros.

Tercero, los costos de transacción de la redistribución por medio de los derechos legales privados suelen ser elevados. Por ejemplo, el abogado de un demandante que cobra honorarios contingentes en los Estados Unidos se lleva usualmente un tercio de la condena. Si el abogado del demandado cobra una cantidad similar en honorarios por hora, los abogados de las dos partes se llevarán dos tercios de la apuesta en disputa. El sistema de impuestos y transferencias es más eficiente.

Además de estas tres razones, hay una cuarta: la redistribución por el derecho privado distorsiona la economía en mayor medida que la tributación progresiva. En general, la utilización de impuestos de base amplia, en lugar de leyes con enfoques estrechos, disminuye los efectos distorsionantes de las políticas redistributivas. Por ejemplo, supongamos que una ley que favorece a los consumidores de tomates causa una disminución del rendimiento obtenido por los inversionistas en predios tomateros. Los inversionistas responderán retirando fondos de estos predios e invirtiéndolos en otros negocios. En consecuencia, la oferta de tomates será demasiado pequeña y los consumidores pagarán un precio demasiado elevado por ellos. Esta ley distorsiona el mercado de los tomates.

Por estas y otras razones, los economistas que están en favor de la redistribución y los que están en contra de ella pueden convenir en que los derechos legales privados son en general un medio errado para buscar la justicia distributiva. Desafortunadamente, estos hechos suelen ser poco apreciados por los abogados que no han estudiado economía.

Hemos presentado varias razones para que el derecho privado no se base en las metas de la redistribución. Específicamente, discutimos la imprecisión de los objetivos, la imprevisibilidad de las consecuencias, lo elevado de los costos de

transacción y las grandes distorsiones de los incentivos. Por estas razones, el principio general del derecho privado no puede basarse en la redistribución de la riqueza. (Sin embargo, en circunstancias especiales el derecho privado puede redistribuir en una forma relativamente eficiente, como en el caso de una ley bien diseñada que otorgue a las personas que se transportan en sillas de ruedas el derecho a demandar a los empleadores por no facilitar el acceso al lugar de trabajo.)

NOTA WEB I.1

Además de la eficiencia, ¿qué otros valores de políticas deberían ser relevantes para la elaboración y la aplicación de las leyes? En "Fairness Versus Welfare" (2002), Louis Kaplow y Steven Shavell, de la Escuela de Derecho de Harvard, sugieren que "ninguno". Otros difieren. Véase Chris Sanchirico, "Deconstructing the New Efficiency Rationale", *Cornell Law Review*, vol. 86, 2001, p. 1005, y Daniel Farber, "What (If Anything) Can Economics Say About Equity?", *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, p. 1791.

En el sitio web de este libro se ofrece una discusión más completa de la bibliografía correspondiente al capítulo I, así como vínculos con otros sitios de interés.

4. ¿POR QUÉ DEBEN ESTUDIAR ECONOMÍA LOS ABOGADOS? ¿POR QUÉ DEBEN ESTUDIAR DERECHO LOS ECONOMISTAS?

El análisis económico del derecho reúne dos grandes campos de estudio y facilita el entendimiento de cada uno de ellos. Es probable que los lectores consideren las normas legales como herramientas de la justicia; de hecho, muchas personas no lo pueden concebir de otra manera. La economía considera las leyes como incentivos para el cambio del comportamiento (precios implícitos) y como instrumentos para el logro de los objetivos de las políticas (la eficiencia y la distribución). Sin embargo, el análisis económico a menudo toma como dadas ciertas instituciones legales, como la propiedad y el contrato, que afectan profundamente a la economía. Por consiguiente, las diferencias entre las leyes hacen que los mercados de capital se organicen de manera muy diferente en Japón, Alemania y los Estados Unidos. Las fallas en las leyes financieras y de contratos contribuyeron al colapso bancario de 2008 en los Estados Unidos y a la recesión posterior, que fue menos grave en Japón y Alemania. Además, la ausencia de una propiedad segura y de contratos confiables paraliza las economías de algunos países pobres. Es importante mejorar la efectividad del derecho para el desarrollo económico de los países pobres. El derecho necesita a la economía para comprender sus consecuencias en el comportamiento, y la economía necesita al derecho para entender los fundamentos de los mercados.

Los economistas y los abogados pueden aprender ciertas técnicas entre sí. Los abogados pueden aprender el razonamiento cuantitativo de los economistas para formular teorías y llevar a cabo investigaciones empíricas. De los abogados, los economistas pueden aprender a persuadir a la gente común, un arte que los

abogados practican y refinan continuamente. Los abogados pueden describir hechos y darles nombres con resonancia moral, mientras que los economistas son obtusos a la lengua con demasiada frecuencia. Si los economistas escuchan lo que el derecho les puede enseñar, podrán aproximar más sus modelos a la realidad.

5. El plan de este libro

Para beneficiarse mutuamente, los abogados deben aprender algo de economía y los economistas deben aprender algo de derecho. Los lectores podrán hacerlo en los dos capítulos siguientes. El capítulo II es una breve revisión de la teoría microeconómica. Si el lector está familiarizado con ella, podrá leer el material rápidamente, como una revisión, u hojear los subtítulos para cerciorarse si hay algunos temas que no haya estudiado. Para cerciorarse, el lector podría tratar de resolver los problemas planteados al final del capítulo.

El capítulo III es una introducción al derecho y el proceso legal; este material es una lectura esencial para quienes no hayan tenido ninguna capacitación legal formal. En ese capítulo tratamos de explicar cómo opera el sistema legal, en qué difiere el sistema legal estadunidense de los sistemas legales del resto del mundo, y qué es una "ley".

El capítulo IV inicia el tratamiento sustantivo del derecho desde un punto de vista económico. Los capítulos que se ocupan de temas legales sustantivos aparecen por pares. Los capítulos IV y V se ocuparán del derecho de propiedad; los capítulos VI y VII se ocuparán del derecho de los ilícitos culposos; los capítulos VIII y IX, del derecho contractual; los capítulos X y XI abordarán el proceso de resolución de las disputas legales, y los capítulos XII y XIII abordarán el derecho penal. El primer capítulo de cada par desarrolla el análisis económico de esa área del derecho, y el segundo capítulo aplica la teoría económica básica a una serie de temas. De esta manera, en el capítulo VI se desarrolla una teoría económica de la responsabilidad culposa y en el VII se aplica a accidentes automovilísticos, la práctica médica y los productos defectuosos. En los capítulos IV al XI se tratan las leyes en las que el demandante típico en un pleito es una persona privada ("derecho privado"), y los capítulos XII y XIII abordan la ley penal en donde el demandante es el Estado ("derecho público").

Lecturas recomendadas

Al final de cada capítulo se hará mención de algunas de las obras más importantes sobre el tema. El lector deberá buscar recursos adicionales en el sitio web de este libro (http://wps.aw.com/aw_cooterulen_lawecon_6/178/45815/11728880.cw/).

Bouckaert, Boudwijn, y Gerrit de Geest (comps.), *Encyclopedia of Law and*

Economics, ed. rev., Edward Elgar, Cheltenham, 2011.
Dau-Schmidt, Ken, y Thomas S. Ulen (comps.), *A Law and Economics Anthology*, Anderson Publishing Co., Ohio,1997.
Miceli, Thomas J., *The Economic Approach to Law*, 2ª ed., Stanford University Press, Stanford, 2008.
Newman, Peter (comp.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, vol. 3, MacMillan Reference, Londres, 1998.
Polinsky, A. Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, 3ª ed., Aspen Publishers, Nueva York, 2003.
Posner, Richard A., "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, p. 761.
———, *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Aspen Publishers, Nueva York, 2007.
Shavell, Steven, *Foundations of the Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2003.

II. REVISIÓN BREVE DE LA TEORÍA MICROECONÓMICA

> Los hombres prácticos, que se creen enteramente libres de toda influencia intelectual, son por lo general esclavos de algún economista difunto [...] Son las ideas, no los intereses creados, las que son peligrosas para bien o para mal.
>
> JOHN MAYNARD KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936

> En este estado de imbecilidad, para divertirme habría concentrado mi atención en la economía política.
>
> THOMAS DE QUINCEY, *Confessions of an English Opium Eater*, 1821

> La economía es la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre fines y medios escasos que tienen usos alternativos.
>
> LIONEL CHARLES ROBBINS, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 1932

EL ANÁLISIS económico del derecho se basa en los principios de la teoría microeconómica, que revisamos en este capítulo. Para quienes no hayan estudiado esa rama de la economía, la lectura de este capítulo resultará difícil pero esencial para entender el resto del libro. Para quienes ya dominen la teoría microeconómica, la lectura de este capítulo es innecesaria. Para los lectores que se encuentran entre estos dos extremos, sugerimos que empiecen por leer este capítulo, repasen lo que les parezca conocido y estudien con cuidado lo que no conozcan. Si el lector no está seguro acerca del lugar que ocupa en este espectro del conocimiento, pase a las preguntas que aparecen al final del capítulo. Si tiene dificultad para contestarlas, quizá deba estudiar este capítulo concienzudamente.

1. ESTRUCTURA DE LA TEORÍA MICROECONÓMICA: PANORAMA GENERAL

La microeconomía se ocupa de la toma de decisiones por parte de los individuos y grupos pequeños, tales como las familias, los clubes, las empresas y las oficinas gubernamentales. Como dice la famosa cita de lord Robbins que aparece al principio del capítulo, la microeconomía es el estudio de la asignación de recursos escasos entre fines rivales. ¿Deberá comprar esa grabadora digital que tanto le gusta o un traje elegante para su entrevista de trabajo? ¿Deberá salir de viaje con algunos amigos este fin de semana o quedarse a estudiar en su casa? En vista de que su ingreso y su tiempo son limitados, y por lo tanto no puede comprar o hacer todo lo que quisiera, tendrá que elegir. La teoría microeconómica ofrece una teoría general sobre cómo los individuos toman tales

decisiones.

Dividiremos nuestro estudio de la microeconomía en cinco secciones. La primera es la teoría de la elección del consumidor y la demanda. Esta teoría describe cómo el consumidor típico, restringido por un ingreso limitado, elige entre los numerosos bienes y servicios que están a la venta.

La segunda sección se ocupa de las elecciones hechas por las organizaciones empresariales o empresas. Elaboraremos un modelo de empresa que nos ayudará a entender cómo decide la empresa cuáles bienes y servicios producirá, cuánto producirá y a qué precio venderá su producción.

En la tercera sección consideramos cómo interactúan los consumidores y las empresas. Combinando la teoría del consumidor y la de la empresa, explicaremos cómo se coordinan las decisiones de consumidores y empresas mediante movimientos del precio de mercado. En última instancia, las decisiones de los consumidores y las de las empresas deberán volverse congruentes, en el sentido de que de algún modo se ponen de acuerdo las dos partes acerca de la cantidad y el precio del bien o servicio que se producirá y consumirá. Cuando las decisiones de consumo y producción son congruentes en este sentido, decimos que el mercado está en equilibrio. Más adelante veremos que ciertas fuerzas poderosas impulsan a los mercados hacia el equilibrio, de modo que los esfuerzos que se hagan para desviar al mercado de su ruta serán con frecuencia ineficaces o nocivos.

La cuarta sección de la teoría microeconómica describe la oferta y la demanda de insumos del proceso productivo. Estos insumos son la mano de obra, el capital, la tierra y el talento gerencial; en general, los insumos son todas las cosas que las empresas deben adquirir a fin de producir los bienes y servicios que los consumidores u otras empresas desean comprar.

La última sección de la microeconomía se ocupa del área conocida como economía del bienestar. Allí examinaremos la organización de los mercados y la forma en que alcanzan la eficiencia.

Estos temas constituyen el núcleo de nuestra revisión de la teoría microeconómica. Hay cuatro temas adicionales que no encajan claramente en las secciones antes mencionadas, pero que en nuestro concepto deben conocerse para entender el análisis económico de las normas y las instituciones legales. Tales son la teoría de juegos, la teoría económica de la toma de decisiones bajo la incertidumbre, la teoría del crecimiento y la economía del comportamiento. En las secciones finales de este capítulo cubriremos estos cuatro temas.

2. Algunos conceptos fundamentales: maximización, equilibrio y eficiencia

Por lo general, los economistas suponen que todos los actores económicos maximizan algo: los consumidores maximizan la utilidad (es decir, la felicidad o satisfacción), las empresas maximizan los beneficios, los políticos maximizan los

votos, las burocracias maximizan las recaudaciones, las instituciones de caridad maximizan el bienestar social, etc. Los economistas dicen a menudo que los modelos que suponen un comportamiento de maximización funcionan porque la mayoría de los individuos son racionales, y la racionalidad requiere la maximización. Una idea de la racionalidad afirma que un actor racional puede ordenar las alternativas de acuerdo con la medida en que le den lo que él desea. En la práctica, las alternativas al alcance del actor están restringidas. Por ejemplo, un consumidor racional puede ordenar conjuntos alternativos de bienes de consumo, y su presupuesto restringe su elección entre ellos. Un consumidor racional deberá escoger la mejor alternativa que le permitan sus restricciones. Otra forma común de entender esta idea del comportamiento racional consiste en reconocer que los consumidores escogen alternativas que sean adecuadas para el logro de sus fines.

La elección de la mejor alternativa permitida por las restricciones puede describirse matemáticamente como maximización. Para ver por qué ocurre así, consideremos que los números reales pueden ordenarse de los pequeños hasta los grandes, así como el consumidor racional ordena sus alternativas de acuerdo con la medida en que le dan lo que desea. En consecuencia, las mejores alternativas pueden asociarse a números más grandes. Los economistas llaman "función de utilidad" a esta asociación, de la que nos ocuparemos en las secciones siguientes. Además, la restricción de la elección puede expresarse de ordinario matemáticamente como una "restricción de la viabilidad". Elegir la mejor alternativa que permitan las restricciones corresponde a maximizar la función de utilidad sujeta a la restricción de la viabilidad. De este modo, decimos que el consumidor que acude a una tienda maximiza su utilidad sujeto a su restricción presupuestaria.

En cuanto al segundo concepto fundamental, no hay entre los economistas ningún hábito de pensamiento tan profundamente arraigado como la tendencia a caracterizar todos los fenómenos sociales como un equilibrio en la interacción de actores maximizantes. Un equilibrio es un patrón de interacción que persiste a menos que sea perturbado por fuerzas externas. Por lo general, los economistas suponen que las interacciones tienden hacia un equilibrio, ya ocurran en los mercados, las elecciones, los clubes, los juegos, los equipos, las corporaciones o los matrimonios.

Hay una conexión vital entre la maximización y el equilibrio en la teoría microeconómica. Caracterizamos el comportamiento de todo individuo o grupo como la maximización de algo. El comportamiento maximizador tiende a impulsar a estos individuos y grupos hacia un punto de descanso, un equilibrio. En efecto, los actores no buscan un equilibrio, más bien simplemente tratan de maximizar lo que les interesa. Sin embargo, la interacción de agentes maximizadores casi siempre conduce a un equilibrio.

Un equilibrio estable es aquel que no cambiará si no intervienen fuerzas

externas. Por ejemplo, la capa de nieve de un valle montañoso se encuentra en equilibrio estable, mientras que la capa de nieve del pico de la montaña puede estar en equilibrio inestable. Una interacción encaminada hacia un equilibrio estable llega efectivamente a ese destino a menos que fuerzas externas la desvíen. En la vida social, las fuerzas externas a menudo intervienen antes de que la interacción llegue al equilibrio. Sin embargo, tiene sentido el análisis del equilibrio. Existen teorías microeconómicas avanzadas del crecimiento económico, los ciclos y los desequilibrios, pero en este libro no tendremos que ocuparnos de ellas. La comparación de equilibrios, llamada estática comparada, será nuestro enfoque básico.

Por lo que respecta al tercer concepto fundamental, los economistas tienen varias definiciones diferentes de la eficiencia. Decimos que un proceso de producción es productivamente eficiente si se da cualquiera de dos condiciones:

1. no se puede producir la misma cantidad de producto empleando una combinación de insumos de costo menor, o
2. no se puede generar más producción utilizando la misma combinación de insumos.

Consideremos una empresa que utiliza mano de obra y maquinaria para producir un bien de consumo llamado "adminículo". Supongamos que la empresa produce ahora 100 adminículos por semana utilizando 10 trabajadores y 15 máquinas. La empresa es productivamente eficiente si:

1. no es posible producir 100 adminículos por semana utilizando 10 trabajadores y menos de 15 máquinas, o utilizando 15 máquinas y menos de 10 trabajadores, o
2. no se pueden producir más de 100 adminículos por semana con la combinación de 10 trabajadores y 15 máquinas.

La otra clase de eficiencia, llamada eficiencia de Pareto por el nombre de su inventor,[1] o llamada a veces eficiencia de la asignación, se refiere a la satisfacción de las preferencias individuales. Decimos que una situación particular es eficiente en el sentido de Pareto o de la asignación si es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación). Para simplificar, supongamos que sólo hay dos consumidores, Pérez y Garza, y dos bienes, sombrillas y pan. Inicialmente, los bienes se distribuyen entre ellos. ¿Es eficiente la asignación en el sentido de Pareto? Sí lo es, si resulta imposible reasignar el pan y las sombrillas de tal modo que mejore la situación de uno de ellos sin que empeore la situación del otro.[2]

Estos tres conceptos básicos —la maximización, el equilibrio y la eficiencia—

son fundamentales para explicar el comportamiento económico, sobre todo en instituciones descentralizadas, como los mercados, que implican la interacción coordinada de muchos individuos diferentes.

3. Herramientas matemáticas

Quizá al lector le preocupe el nivel de matemáticas que encontrará en este libro. En realidad, utilizaremos álgebra simple y algunas gráficas.

A. *Funciones*

La economía abunda en funciones: funciones de producción, funciones de utilidad, funciones de costo, funciones de bienestar social, etc. Una función es una relación entre dos conjuntos de números, tal que a cada número de un conjunto corresponda exactamente un número del otro conjunto. Por ejemplo, las siguientes columnas corresponden a una relación funcional entre los números de la columna del lado izquierdo y los números de la columna del lado derecho. Así, el número 4 de la columna x corresponde al número 10 de la columna y.

En efecto, adviértase que cada número de la columna x corresponde exactamente a un número en la columna y. Por lo tanto, podemos decir que la variable y es una función de la variable x, o en la notación más común:

$$y = f(x),$$

que se lee como "y es una función de x" o "y es igual a alguna f de x".

columna y	columna x
2	3
3	0
10	4
10	6
12	9
7	12

Adviértase que el número 4 no es el único número de la columna x que corresponde al número 10 de la columna y; el número 6 corresponde también al número 10. En este cuadro, a un valor dado de x corresponde un valor de y, pero a algunos valores de y les corresponde más de un valor de x. Un valor de x determina un valor exacto de y, mientras que un valor de y no determina un valor exacto de x. Por lo tanto, en $y = f(x)$ decimos que y es la variable dependiente, porque depende del valor de x, mientras que x es la variable independiente. En virtud de que en este cuadro y depende de x, y es una función de x, pero en virtud de que x no depende (hasta donde sabemos) de y, x no es

una función de y.

Supongamos ahora que hay otra variable dependiente, z, que también depende de x. La función que relaciona a z con x podría llamarse g:

$$z = g(x).$$

Cuando hay dos funciones, $g(x)$ y $f(x)$, con variables dependientes diferentes, z y y, puede resultarnos difícil recordar cuál función corresponde a cuál variable. Para evitar esta dificultad, a menudo se da el mismo nombre a una función y a la variable determinada por ella. Siguiendo esta estrategia, las funciones precedentes serían bautizadas como sigue:

$$y = f(x) \Rightarrow y = y(x),$$
$$z = g(x) \Rightarrow z = z(x).$$

A veces se analizará una función abstracta sin especificar los números exactos que le corresponden. Por ejemplo, podría decírsele al lector que y es una función de x, sin especificar exactamente cuáles valores de y corresponden a cuáles valores de x. Entonces, simplemente se trata de establecer el enunciado general de que y depende de x, pero en una forma no especificada todavía. Si se dan números exactos, podrán listarse en un cuadro, como hemos visto. También se puede mostrar la relación existente entre una variable dependiente y una variable independiente mediante una ecuación exacta. Por ejemplo, podría darse a una función $z = z(x)$ la forma exacta siguiente:

$$z = z(x) = 5 + x/2,$$

que enuncia que la función z empata valores de x con valores de z iguales a cinco más la mitad de cualquier valor que asuma x. El siguiente cuadro presenta los valores de z asociados a varios valores diferentes de x:

columna z	columna x
6.5	3
12.5	15
8.0	6
6.0	2
9.5	9

Una función puede relacionar una variable dependiente (siempre hay sólo una variable dependiente en una función) con más de una variable independiente. Si escribimos $y = h(x, z)$, estaremos diciendo que la función h empata un valor de la variable dependiente y con cada par de valores de las variables independientes x y z. Esta función podría tener la forma específica siguiente:

$$y = h(x, z) = -3x + z,$$

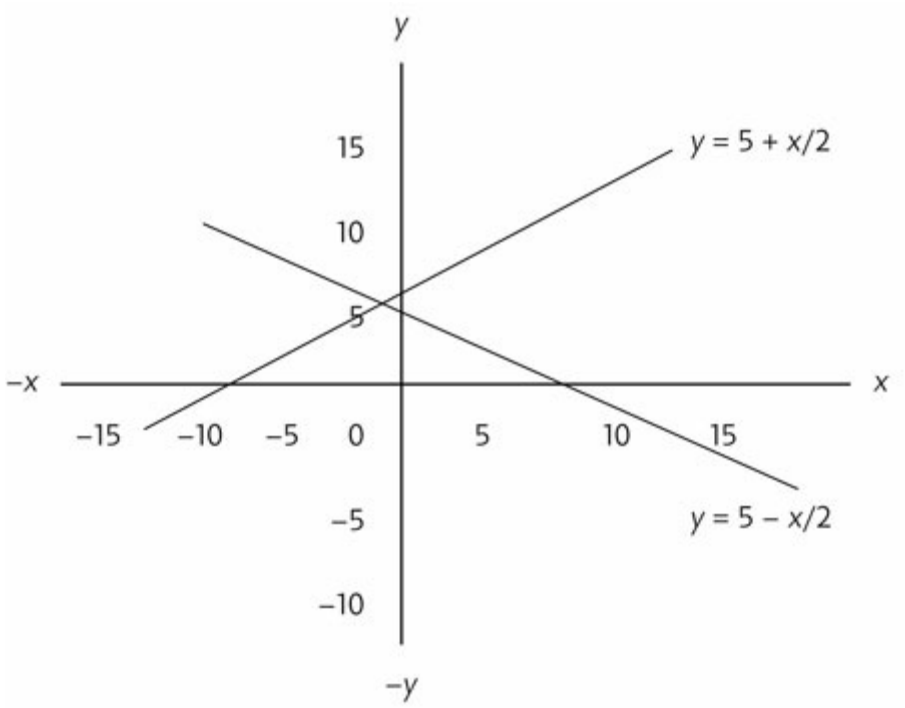
según la cual y disminuye en 3 unidades cuando x aumenta en 1 unidad, y y aumenta en 1 unidad cuando z aumenta en 1 unidad.

B. *Gráficas*

Podemos mejorar el entendimiento intuitivo de una relación funcional graficándola para que pueda ser visualizada. En una gráfica, los valores de la variable independiente por lo general se leen en el eje horizontal, mientras que los valores de la variable dependiente por lo general se leen en el eje vertical. Cada punto de la cuadrícula de líneas corresponde a un par de valores de las variables. Por ejemplo, obsérvese la gráfica II.1. La línea de pendiente ascendente de la gráfica representa todos los pares de valores que satisfacen la función $y = 5 + x/2$. Se puede comprobar esto encontrando un par de puntos que deben encontrarse en la línea que corresponde a esa función. Por ejemplo, ¿qué sucede si $y = 0$?, ¿qué valor debería tener x? Si $y = 0$, un poco de aritmética revelará que x debe ser igual a -10. Por lo tanto, el par $(0, -10)$ es un punto de la línea definida por la función. ¿Qué sucede si $x = 0$?, ¿qué valor debería tener y? En ese caso, el segundo término del lado derecho de la ecuación desaparece, de modo que $y = 5$. Por lo tanto, el par de valores $(5, 0)$ es un punto de la línea definida por la función.

La gráfica de $y = 5 + x/2$ revela algunas cosas acerca de la relación existente entre y y x que de otro modo quizá no podrían descubrirse tan fácilmente. Por ejemplo, adviértase que la línea representativa de la ecuación tiene pendiente ascendente, del sudoeste al noreste. La pendiente positiva, como se le llama, revela que la relación existente entre x y y es una relación directa. Por lo tanto, a medida que x aumenta también aumenta y. Y a medida que disminuye x también disminuye y. En términos más generales, cuando las variables dependientes e independientes se mueven en la misma dirección, la pendiente de la gráfica de su relación será positiva.

GRÁFICA II.1. *Gráficas de las relaciones lineales*
y = *5 + x/2 (con una pendiente positiva) y*
y = *5 – x/2 (con una pendiente negativa)*



La gráfica revela también el vigor de esta relación directa mostrando si los cambios pequeños de x generan cambios pequeños o grandes de y. Adviértase que si x aumenta en 2 unidades, y aumenta en 1. Esto se puede expresar también diciendo que, a fin de obtener un aumento de 10 unidades en y, deberá haber un aumento de 20 en x.[3]

Lo contrario de una relación directa es una relación inversa. En esa clase de relación la variable dependiente y la independiente se mueven en direcciones opuestas. Por lo tanto, si x y y están inversamente relacionadas, un aumento de x (la variable independiente) generará una disminución de y. De igual modo, una disminución de x conducirá a un aumento de y. Un ejemplo de una relación inversa entre una variable independiente y una variable dependiente es $y = 5 - x/2$. La gráfica de esta línea se muestra también en la gráfica II.1. Adviértase que la línea tiene pendiente descendente, es decir, se desplaza de noroeste a sudeste.

PREGUNTA II.1

Supongamos que la ecuación fuese $y = 5 + x$. Muestre con una gráfica similar a la gráfica II.1 cómo se vería la gráfica de esa ecuación. ¿La relación existente entre x y y es directa o inversa? ¿La pendiente de la nueva ecuación es mayor o menor que la pendiente mostrada en la gráfica II.1?

Supongamos ahora que la ecuación fuera $y = 5 - x$. Muestre en una gráfica similar a la gráfica II.1 cómo se vería la gráfica de esa ecuación. ¿La relación existente entre x y y es directa o inversa? ¿La pendiente de la nueva ecuación es positiva o negativa? ¿La pendiente de la ecuación $y = 5 - x/2$ sería

mayor o menor que la de la ecuación $y = 5 - x$?

La gráfica de $y = 5 + x/2$ en la gráfica II.1 revela también que la relación existente entre las variables es lineal. Esto significa que cuando graficamos los valores de la variable independiente y la variable dependiente, la relación resultante es una línea recta. Una de las implicaciones de la linealidad es que los cambios de la variable independiente provocan un cambio de tasa constante en la variable dependiente. En los términos de la gráfica II.1, si queremos conocer el efecto que tendrá sobre y duplicar la cantidad de x, no importa que investiguemos ese efecto cuando x sea igual a 2 o a 3 147. El efecto de una duplicación del valor de x sobre y es proporcionalmente el mismo, cualquiera que sea el valor de x.

La gráfica de $y = 5 + x/2$ en la gráfica II.1 revela también que la relación existente entre las variables es lineal. Esto significa que cuando graficamos los valores de la variable independiente y la variable dependiente, la relación resultante es una línea recta. Una de las implicaciones de la linealidad es que los cambios de la variable independiente provocan un cambio de tasa constante en la variable dependiente. En los términos de la gráfica II.1, si queremos conocer el efecto que tendrá sobre y duplicar la cantidad de x, no importa que investiguemos ese efecto cuando x sea igual a 2 o a 3 147. El efecto de una duplicación del valor de x sobre y es proporcionalmente el mismo, cualquiera que sea el valor de x.

Por supuesto, la alternativa a una relación lineal es una relación no lineal. En general, las relaciones no lineales son más difíciles de tratar que las relaciones lineales. Con frecuencia, aunque no siempre, tales relaciones no lineales se caracterizan por el hecho de que la variable independiente aparece elevada a una potencia por un exponente. Por ejemplo, $y = x^2$ y $y = 5/x^{1/2}$. La gráfica II.2 corresponde a $y = x^2$. Otra relación no lineal, común en la economía, está dada por el ejemplo $A = xy$, donde A es una constante. La gráfica 11. 3 representa esa función.

4. Teoría de la elección y demanda del consumidor

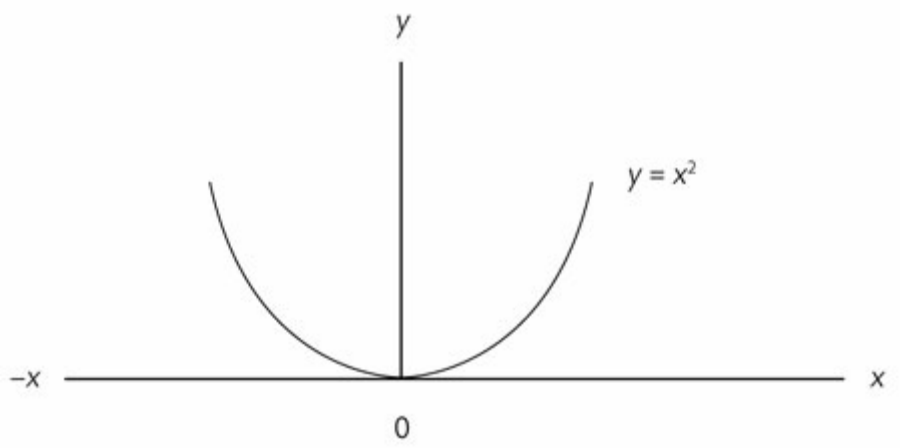
La teoría general del economista sobre la forma en que los individuos hacen elecciones se denomina teoría de la elección racional. En esta sección mostraremos cómo explica esta teoría la elección del consumidor acerca de los bienes y servicios que comprará y en qué cantidades.

A. *Ordenamientos de las preferencias del consumidor*

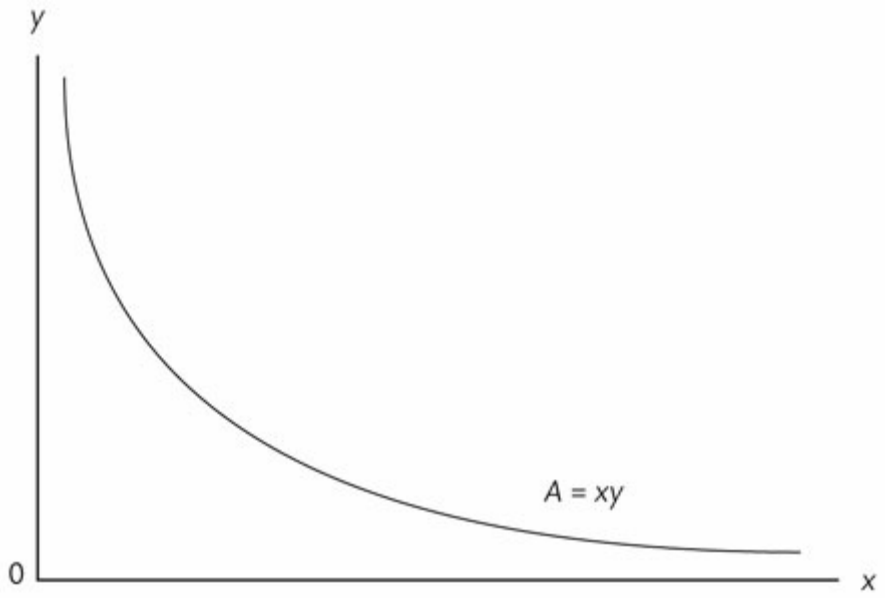
La construcción del modelo económico de la elección del consumidor inicia con una explicación de las preferencias de los consumidores. Se supone que los consumidores saben cuáles cosas les gustan y les disgustan, y pueden ordenar

las diversas combinaciones de bienes y servicios disponibles de acuerdo con su capacidad para satisfacer sus preferencias. Esto no implica más que el ordenamiento de las alternativas como mejores, peores o iguales unas que otras. En efecto, algunos economistas creen que las condiciones que imponen al ordenamiento de las preferencias de los consumidores constituyen lo que un economista entiende por el término racional. ¿Cuáles son tales condiciones? Que el ordenamiento de las preferencias de un consumidor sea completo, transitivo y reflexivo. Que un ordenamiento sea completo significa simplemente que el consumidor pueda decirnos cómo ordena todas las combinaciones posibles de bienes y servicios. Supongamos que *A* representa un conjunto de ciertos bienes y servicios y *B* representa otro conjunto de los mismos bienes y servicios, pero en cantidades diferentes. El hecho de que esté completo requiere que el consumidor pueda decirnos que prefiere *A* a *B*, o que prefiere *B* a *A*, o que *A* y *B* son igualmente buenos (es decir, que al consumidor le resulta indiferente tener *A* o tener *B*). El consumidor no puede decir: "No puedo compararlos".

GRÁFICA II.2. *Gráfica de una relación no lineal, dada por la ecuación* $y = x^2$



GRÁFICA II.3. *Gráfica de una relación no lineal*, A = xy



La reflexividad es una condición arcana de las preferencias del consumidor. Significa que cualquier conjunto de bienes, *A*, es por lo menos tan bueno como él mismo. Esa condición es tan trivialmente cierta que resulta difícil justificar su inclusión aquí.

La transitividad significa que el ordenamiento de las preferencias obedece a la siguiente condición: si se prefiere el conjunto *A* al conjunto *B*, y se prefiere el conjunto *B* al conjunto *C*, entonces se prefiere *A* a *C*. Esto se aplica también a la indiferencia: si el consumidor es indiferente entre (es decir, prefiere igualmente) *A* y *B*, y entre *B* y *C*, entonces es también indiferente entre *A* y *C*. La transitividad impide la circularidad de las preferencias de cada uno de los individuos. Es decir, la transitividad significa que es imposible que *A* se prefiera a *B*, *B* se prefiera a *C*, y *C* se prefiera a *A*. La mayoría de nosotros probablemente creería que quien tenga preferencias circulares es muy joven, es inmaduro o está loco.

PREGUNTA II.2

Supongamos que le pregunta a Jaime si le gustaría comer una hamburguesa o una salchicha, y Jaime contesta que una salchicha. Cinco horas más tarde le pregunta qué le gustaría cenar, una hamburguesa o una salchicha. Jaime contesta: "Una hamburguesa". ¿Obedecen las preferencias de Jaime a las condiciones antes mencionadas? ¿Por qué sí o por qué no?

Es importante recordar que las preferencias del consumidor son subjetivas. Distintas personas tienen gustos diferentes, los que se reflejarán en el hecho de que pueden tener ordenamientos de preferencias muy diferentes por los mismos bienes y servicios. Los economistas dejan a otras disciplinas, tales como la psicología y la sociología, que estudien la fuente de tales preferencias. Los economistas consideramos los gustos o las preferencias como establecidos; a

veces decimos que son exógenos, en el sentido de que se determinan fuera del sistema económico.[4]

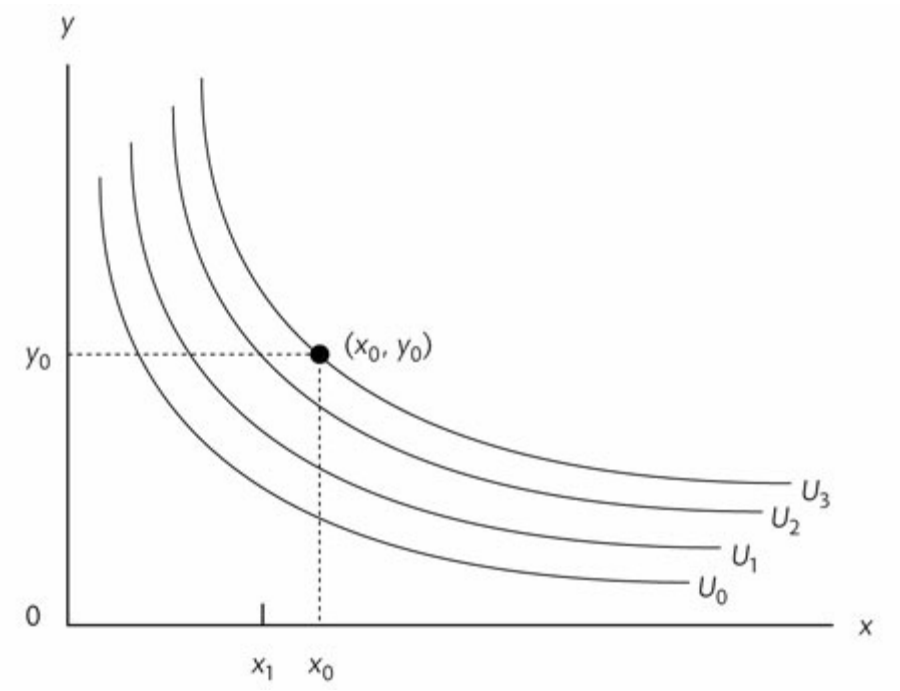
Una consecuencia importante de la subjetividad de las preferencias individuales es que los economistas no tienen ningún método aceptado para comparar el vigor de las preferencias de los individuos. Supongamos que Juan nos dice que prefiere el conjunto A al conjunto B, mientras que Roberto nos dice que siente lo mismo: también prefiere A a B. ¿Hay algún procedimiento para saber quién prefiere más a A? En abstracto, la respuesta es "no, no lo hay". Sólo sabemos de cada consumidor el orden de las preferencias, no el vigor de tales preferencias. De hecho, no existe una métrica para medir el vigor de las preferencias, aunque los economistas a veces se refieren en broma a las "utilidades" de la satisfacción que un consumidor disfruta. La incapacidad para hacer comparaciones interpersonales del bienestar tiene algunas implicaciones importantes para el diseño y la ejecución de las políticas públicas, como veremos en la sección que se ocupa de la economía del bienestar.

B. *Funciones de utilidad y curvas de indiferencia*

Una vez que un consumidor describe su ordenamiento de preferencias, podemos derivar una función de utilidad para ese consumidor. La función de utilidad identifica las preferencias mayores con números más grandes. Supongamos que sólo hay dos bienes o servicios, x y y, disponibles para un consumidor dado. Si denotamos por u la utilidad del consumidor, la función $u = u(x, y)$ describirá la utilidad que obtiene el consumidor de diferentes combinaciones de x y y.

Un procedimiento muy útil para visualizar la función de utilidad de un consumidor es por medio de una gráfica llamada mapa de indiferencia. Tenemos un ejemplo en la gráfica II.4. Allí hemos trazado varias curvas de indiferencia. Cada curva representa todas las combinaciones de x y y que dan al consumidor la misma cantidad de utilidad o bienestar. O bien, podríamos decir que los gustos del consumidor son tales, que se siente indiferente ante todas las combinaciones de x y y que se encuentran a lo largo de una curva dada: de allí el nombre de curva de indiferencia. De esta manera, todas las combinaciones de x y y que se encuentran en la curva de indiferencia marcada U_0 dan al consumidor la misma utilidad. Las combinaciones que se encuentran en la curva de indiferencia más alta marcada U_1 dan a este consumidor la misma utilidad, pero este nivel de utilidad es mayor que el de todas las combinaciones de x y y que se encuentran en la curva de indiferencia U0.

GRÁFICA II.4. *Mapa de indiferencia del consumidor*



PREGUNTA II.3

Empiece en el punto (x_0, y_0). Disminuya ahora x de x_0 a x_1. ¿Cuánto deberá aumentar y para contrarrestar la disminución de x y mantener indiferente al consumidor?

El problema de la elección del consumidor deriva de que sus preferencias choquen con obstáculos que impidan su satisfacción. Los obstáculos son las restricciones que obligan a los tomadores de decisiones a escoger entre alternativas. Hay muchas restricciones, tales como el tiempo, la energía, el conocimiento y la cultura del consumidor, pero entre ellas destaca la limitación del ingreso. Podemos representar la restricción del ingreso del consumidor, o su línea de presupuesto, por la línea así llamada en la gráfica II.5. El área que se encuentra por debajo de la línea, y la línea misma, representa todas las combinaciones de x y y que se pueden obtener, dado el ingreso del consumidor, I.[5] Supuestamente, el consumidor se propone gastar todo su ingreso en compras de estos dos bienes y servicios, de modo que las combinaciones en las que nos concentraremos serán las que se encuentren en la propia línea de presupuesto.

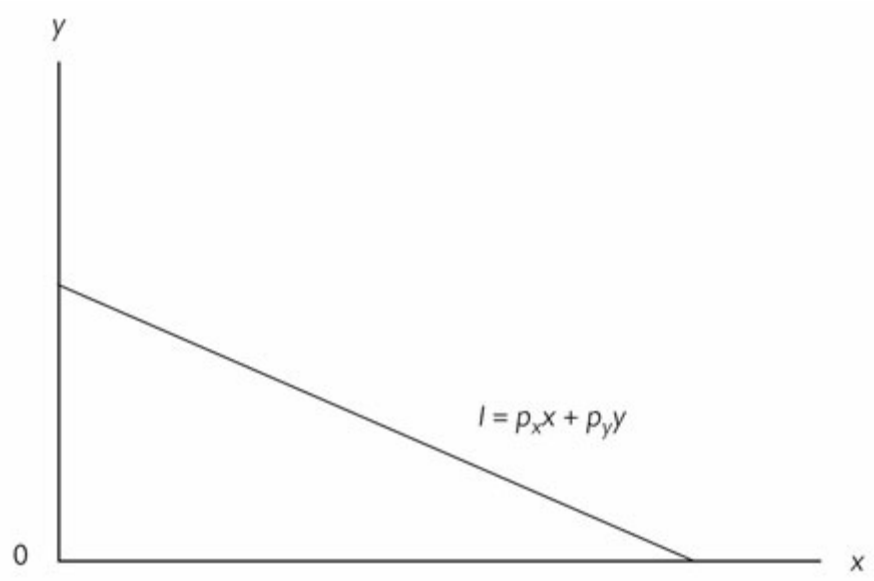
PREGUNTA II.4

En una gráfica como la II.5, y empezando con una línea de presupuesto como la que ahí se indica, muestre cómo trazaría usted la nueva restricción del ingreso para reflejar los cambios siguientes:

1. un aumento del ingreso del consumidor, mientras que los precios permanecen constantes;

2. una disminución del ingreso del consumidor, mientras que los precios permanecen constantes;
3. una disminución del precio de x, mientras que el ingreso y el precio de y permanecen constantes;
4. un aumento del precio de y, mientras que el ingreso y el precio de x permanecen constantes.

GRÁFICA II.5. *Restricción del ingreso o línea de presupuesto del consumidor*



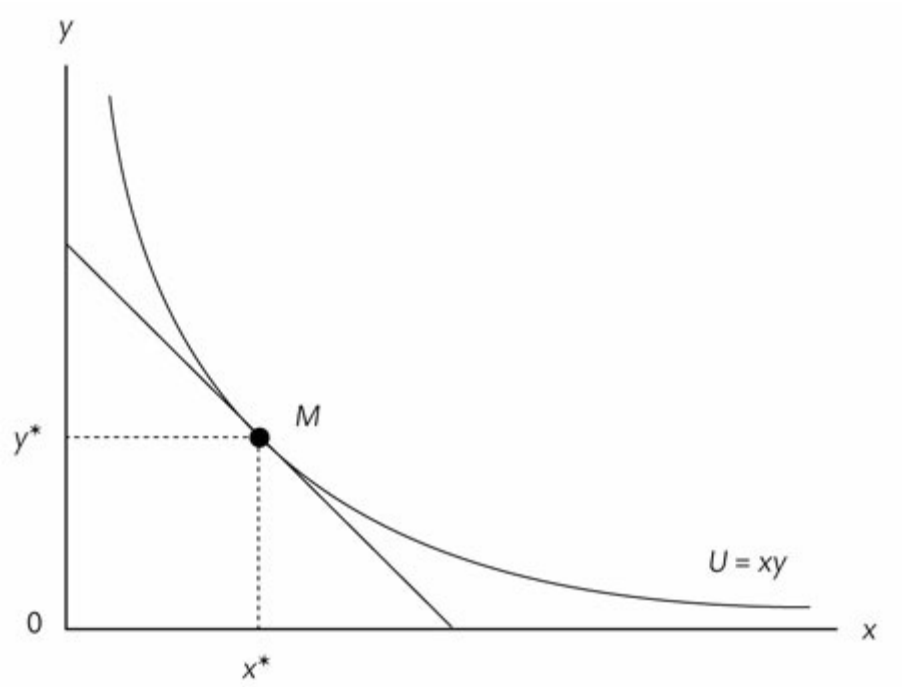
C. *Óptimo del consumidor*

Ahora podremos combinar la información acerca de los gustos del consumidor dada por el mapa de indiferencia y la información acerca de la restricción del ingreso dada por la línea de presupuesto, a fin de mostrar cuál combinación de x y y maximiza la utilidad del consumidor sujeto a la restricción impuesta por su ingreso. Véase la gráfica II.6, donde se muestra el punto M, que contienex^* y y^* como el conjunto óptimo para el consumidor. Entre todas las combinaciones viables de x y y, esa combinación le da a este consumidor la mayor utilidad.[6]

D. *Una generalización: el óptimo económico como costo marginal = beneficio marginal*

Dada la importancia fundamental de la maximización restringida en la teoría microeconómica, detengámonos un momento para examinar un procedimiento más general de la caracterización de tal máximo:

GRÁFICA II.6. *Óptimo del consumidor*



Un máximo restringido, o cualquier otro óptimo económico, puede describirse como un punto donde el costo marginal es igual al beneficio marginal.

Veamos cómo caracteriza esta regla a las decisiones de maximización.[7] Empecemos por suponer que el tomador de decisiones escoge algún nivel inicial de cualquier cosa que le interese maximizar. Luego trata de determinar si ese nivel inicial es su máximo; ¿es ese nivel el mejor que puede alcanzar, dadas sus restricciones? El tomador de decisiones puede contestar esa pregunta haciendo cambios muy pequeños, que un economista llama marginales, a partir de ese nivel inicial. Supongamos que el tomador de decisiones se propone incrementar ligeramente, por encima de su nivel inicial, lo que esté haciendo. A este incremento pequeño se asociará un costo que llamamos costo marginal. Pero habrá también un beneficio al tener o hacer algo más de lo que esté tratando de maximizar. El beneficio de este incremento pequeño se llama beneficio marginal. El tomador de decisiones se percibirá a sí mismo haciendo algo mejor en este nuevo nivel, en comparación con su nivel inicial, siempre y cuando el beneficio marginal del pequeño incremento sea mayor que el costo marginal del cambio. Después continuará haciendo estos ajustes pequeños, o marginales, siempre y cuando el beneficio marginal supere el costo marginal, y dejará de hacer cambios cuando el costo marginal del último cambio sea igual (o mayor) que el beneficio marginal. Ese nivel es el máximo del tomador de decisiones.

PREGUNTA II.5

Supongamos que, en lugar de aumentar su nivel por encima de la elección inicial, el tomador de

decisiones trata primero de disminuir la cantidad de lo que está tratando de maximizar. Explique cómo se compara el costo marginal con el beneficio marginal en este caso y cómo conduce al óptimo al tomador de decisiones. (Supongamos que el nivel inicial es mayor que el nivel que resultará óptimo en última instancia.)

Podemos caracterizar el ingreso restringido máximo del consumidor, *M* en la gráfica II.6, en términos de la igualdad del costo y el beneficio marginales. Pequeños cambios en cualquier dirección a lo largo de la línea de presupuesto, *I*, representan una situación en la que el consumidor gasta un peso menos en un bien y un peso más en otro. Por ejemplo, supongamos que el consumidor decide gastar un peso menos en *y* y un peso más en *x*. La compra de un peso menos en *y* causa una pérdida de utilidad que podemos llamar el costo marginal de la reasignación presupuestal. Pero el peso que antes se gastaba en *y* podrá gastarse ahora en *x*. Más unidades de *x* significan una utilidad mayor, de modo que podemos llamar a este incremento el beneficio marginal de la reasignación presupuestal.

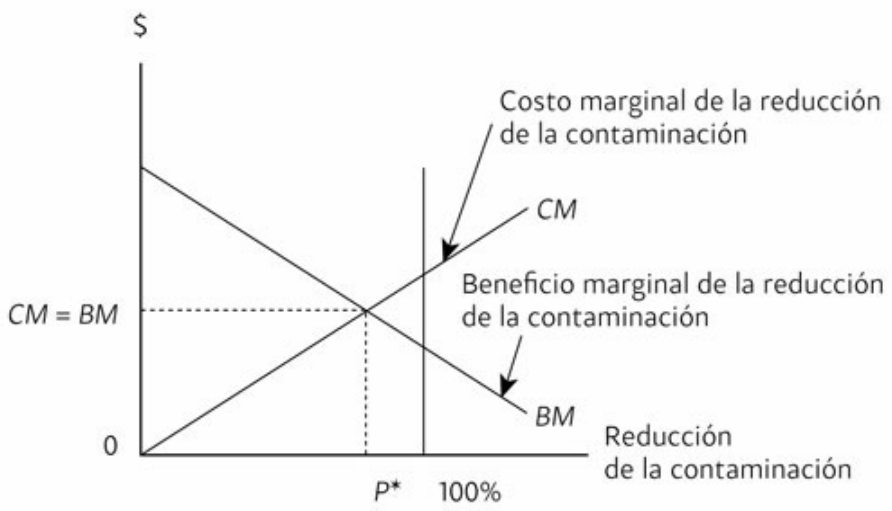
¿Debiera el consumidor gastar un peso menos en el bien *y* y un peso más en el bien *x*? Sólo si el costo marginal (la disminución de la utilidad derivada de un peso menos en *y*) es menor que el beneficio marginal (el aumento de la utilidad derivada por tener un peso más en *x*). El consumidor racional continuará reasignando pesos en contra de la compra de *y* y en favor de la compra de *x*, hasta que el beneficio marginal del último cambio realizado sea igual al costo marginal. Esto ocurre en el punto *M* de la gráfica II.6.

La gráfica II.7 aplica la maximización restringida a la reducción de la cantidad de contaminación. A lo largo del eje vertical aparecen cantidades de pesos. A lo largo del eje horizontal aparecen las unidades de reducción de la contaminación. En el origen no se hace ningún esfuerzo para reducir la contaminación. En la línea vertical designada "100%" la contaminación ha sido eliminada por completo.

La curva designada *BM* muestra el beneficio marginal que recibe la sociedad por la reducción de la contaminación. Suponemos que esa cantidad se ha medido correctamente para tomar en cuenta los beneficios de salud, estéticos y todos los demás beneficios que reciban los miembros de la sociedad por la reducción de la contaminación en diversos niveles. Esta línea parte de un punto elevado y luego declina. Esta pendiente descendente capta el hecho de que los primeros esfuerzos de reducción de la contaminación confieren grandes beneficios a la sociedad. El siguiente esfuerzo de reducción de la contaminación también confiere un beneficio social, pero no en una cantidad tan grande como los esfuerzos iniciales. Por último, a medida que nos aproximamos a la línea vertical designada "100%", cuando todos los vestigios de contaminación se están eliminando, es positivo el beneficio que recibe la sociedad por la realización de estos últimos pasos, pero mucho menor que el beneficio de las primeras etapas

de la reducción de la contaminación.

GRÁFICA II.7. *Cantidad socialmente óptima del esfuerzo de reducción de la contaminación*



La curva designada *CM* representa el costo marginal "social", por oposición al costo "privado", de obtener niveles dados de reducción de la contaminación. Los individuos y las empresas que contaminan deben incurrir en costos para reducir la contaminación: quizá deban adoptar procesos de producción más limpios y seguros que son también más caros; quizá deban instalar aparatos de monitoreo que verifiquen los niveles de contaminación que generan, y quizá deban defenderse en los tribunales cuando sean acusados de violar las directrices para reducir la contaminación. Hemos trazado la curva *CM* con una pendiente ascendente para indicar que los costos marginales del logro de cualquier nivel dado de reducción de la contaminación aumentan. Esto significa que el costo de reducir la peor contaminación puede no ser muy elevado, pero que los niveles sucesivos de la reducción serán cada vez más caros.

Dados este beneficio marginal declinante y este costo marginal creciente, surge la siguiente pregunta: "¿Cuál es la cantidad óptima del esfuerzo de reducir la contaminación para la sociedad?" Un análisis de la gráfica II.7 revela que el punto *P** es la cantidad socialmente óptima del esfuerzo de reducción de la contaminación. Así pues, todo esfuerzo mayor costará más de lo que vale. Todo esfuerzo menor reducirá los beneficios en mayor medida que lo ahorrado en los costos.

Adviértase que, de acuerdo con la gráfica, no sería óptimo para la sociedad tratar de eliminar por completo la contaminación. En este caso, resulta socialmente óptimo tolerar algo de contaminación. Específicamente, cuando la reducción de la contaminación llega a *P**, la contaminación restante es igual a 100% – *P**, que es la "cantidad óptima de contaminación". Pocos bienes son

gratuitos. Gran parte de la sabiduría de la economía se basa en reconocerlo y derivar técnicas para el cálculo de los costos y los beneficios.

PREGUNTA II.6

Supongamos que caracterizamos la toma de decisiones de la sociedad en lo tocante a los esfuerzos para reducir la contaminación, como un intento de maximizar el beneficio neto de los esfuerzos de reducir la contaminación. Definamos el beneficio neto como la diferencia existente entre el beneficio marginal y el costo marginal. ¿Qué nivel de esfuerzo de reducción de la contaminación corresponde a esta meta?

PREGUNTA II.7

Utilizando una gráfica como la II.7, muestre el efecto del esfuerzo de reducir la contaminación, sobre la determinación de la cantidad socialmente óptima, en los siguientes casos:

1. un cambio tecnológico que reduce el costo marginal del logro de cualquier nivel de reducción de la contaminación;
2. un descubrimiento de que los riesgos de salud asociados a cada nivel dado de contaminación son mayores de lo que se creía antes.

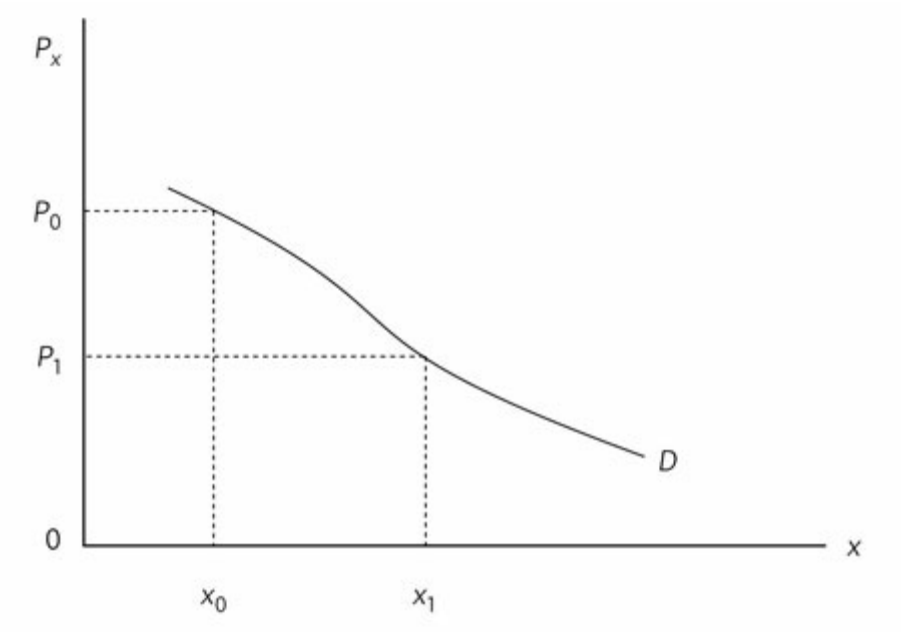
Si se ha entendido que, para los economistas, el óptimo para casi todas las decisiones ocurre en el punto donde el beneficio marginal es igual al costo marginal, se habrá avanzado mucho hacia el entendimiento de las herramientas microeconómicas necesarias para contestar la mayoría de las preguntas que plantearemos en este libro.

E. *Demanda individual*

Podemos utilizar el modelo de la elección del consumidor de las secciones anteriores para derivar una relación entre el precio de un bien y la cantidad de ese bien en el conjunto óptimo del consumidor. La curva de demanda representa esta relación.

Partiendo del punto M en la gráfica II.6, adviértase que, cuando el precio de x es el indicado por la línea de presupuesto, la cantidad óptima del consumo de x es x^*. Pero ¿qué cantidad de x deseará comprar este consumidor para maximizar su utilidad cuando el precio de x es menor que el indicado por la línea de presupuesto de la gráfica II.6? Podemos contestar esta interrogante manteniendo constantes a P_y e I, dejando que baje P_x, y escribiendo la cantidad de x en los conjuntos óptimos subsecuentes. Como es de esperarse, el resultado de este ejercicio será que el precio de x y la cantidad de x en los conjuntos óptimos se relacionan inversamente. Es decir, cuando el precio de x se eleva, manteniendo constantes a P_y e I (o *ceteris paribus*, "todo lo demás igual", como dicen los economistas), disminuirá la cantidad de x que comprará el consumidor, y viceversa. Este resultado es la famosa ley de la demanda.

GRÁFICA II.8. *Curva de demanda individual que muestra la relación inversa entre el precio y la cantidad demandada*



Podemos graficar esta relación entre P_x y la cantidad de x demandada para obtener la curva de demanda individual, *D*, que aparece en la gráfica II.8. La curva de demanda que hemos trazado en la gráfica II.8 podría haber tenido una pendiente diferente de la indicada: podría ser más plana o más empinada. Lo empinado de la curva de demanda se relaciona con un concepto importante llamado elasticidad-precio de la demanda, o simplemente elasticidad de la demanda.[8]

Éste es un concepto muy útil: mide cuán sensible es la demanda del consumidor a los cambios del precio. Además, algunos atributos típicos de los bienes influyen en la probable sensibilidad de la demanda. Por ejemplo, si dos bienes tienen un uso similar, un aumento del precio del primer bien sin que cambie el precio del segundo bien hace que los consumidores compren considerablemente menos del primer bien. Generalizando, el determinante más importante de la elasticidad-precio de la demanda de un bien es la disponibilidad de sustitutos. Entre más sustitutos haya para el bien, mayor será la elasticidad de la demanda; entre menos sean los sustitutos, menor será la elasticidad. La sustitución es más fácil para los bienes muy bien definidos, y más difícil para las categorías amplias. Si se eleva el precio de los pepinos, es fácil cambiarlos por chícharos o zanahorias; si sube el precio de las verduras, es posible cambiarlas por carne; pero si sube el precio de los alimentos, resulta difícil comer menos. Por lo tanto, esperamos que la demanda sea más elástica para los pepinos que para las verduras y más elástica para las verduras que para los alimentos. De igual modo, la demanda es más elástica a largo plazo que a corto plazo. Por

ejemplo, si los precios de la electricidad aumentan en relación con los del gas natural, los consumidores usarán cada vez más gas a medida que remplazan gradualmente las estufas y los aparatos domésticos. Con frecuencia, los economistas miden una y otra vez las elasticidades-precio de la demanda de numerosos bienes y servicios para pronosticar las respuestas a los cambios de precios.

5. Teoría de la oferta

Veamos ahora el otro lado del mercado: el lado de la oferta. La empresa es la institución más importante para la provisión de bienes y servicios para los consumidores. En esta sección veremos cuál es la meta que persigue la empresa y cómo decide lo que debe proveer. En la sección siguiente mezclaremos nuestros modelos de la oferta y la demanda para ver cómo alcanzan un equilibrio de mercado las actividades independientes de maximización de los consumidores y las empresas.

A. *Empresa maximizadora de ganancias*

La empresa es la institución donde se realiza la producción (de bienes y servicios) a partir de insumos (capital, mano de obra, tierra, etc.). Así como suponemos que los consumidores maximizan racionalmente la utilidad sujetos a su restricción del ingreso, suponemos que las empresas maximizan sus beneficios, sujetas a las restricciones que les imponen la demanda de los consumidores y la tecnología de la producción.

En la microeconomía se define el beneficio como la diferencia existente entre el ingreso total y los costos totales de la producción. El ingreso total de la empresa es igual al número de unidades vendidas multiplicado por el precio de cada unidad. Los costos totales son iguales a los costos de cada uno de los insumos multiplicados por el número de unidades del insumo que se emplean, sumados en todos los insumos. La empresa maximizadora del beneficio produce la cantidad que genera la mayor diferencia positiva entre el ingreso de la empresa y sus costos. La teoría microeconómica demuestra que la empresa maximizará sus beneficios si produce la cantidad de producción cuyo costo marginal sea igual a su ingreso marginal. (En efecto, ésta es simplemente una aplicación de la regla general que discutimos antes en la sección 4.D: para alcanzar un óptimo, iguálese el costo marginal al beneficio marginal.)

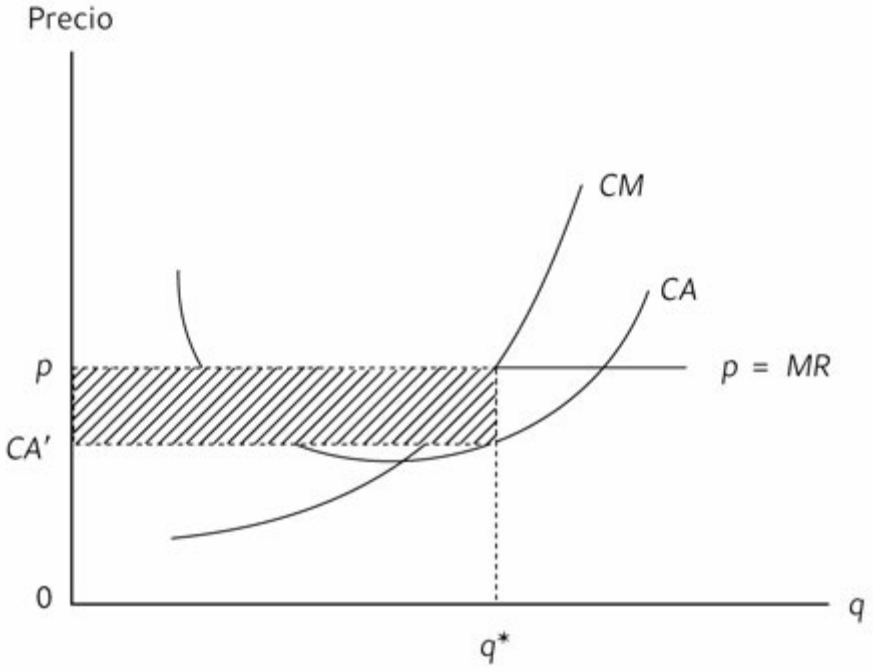
Estas consideraciones sugieren que, cuando el ingreso marginal supera al costo marginal, la empresa debería expandir la producción; del mismo modo, cuando el costo marginal supera al ingreso marginal, la empresa debería disminuir la cantidad de la producción. Se sigue de aquí que los beneficios se maximizarán con el nivel de producción cuyo costo marginal sea igual al ingreso marginal. Adviértase la economía de esta regla: para maximizar los beneficios, la

empresa no deberá preocuparse por su costo total o sus ingresos; por el contrario, simplemente podrá experimentar unidad por unidad de producción con el fin de descubrir el nivel de producción que maximice sus beneficios.

En la gráfica II.9 la producción de la empresa que maximiza sus beneficios aparece en el punto donde la curva del costo marginal, llamada *CM*, iguala la curva del ingreso marginal. El nivel de producción que maximiza el beneficio se denota por q^*. En este nivel de producción, los beneficios totales indicados en la gráfica por el área sombreada se igualan a la diferencia existente entre los ingresos totales de la empresa (p multiplicado por q^*) y los costos totales de la empresa (el costo medio de la producción de q^* multiplicado por q^*).

Deben advertirse varias cosas en las curvas de la gráfica. Hemos trazado la curva del ingreso marginal en forma horizontal e igual al precio prevaleciente. Esto implica que la empresa puede vender todo lo que quiera a ese precio prevaleciente. La duplicación de sus ventas no tendrá ningún efecto sobre el precio de mercado del bien o servicio. Esta clase de comportamiento recibe el nombre de toma de precios, el cual es característico de las industrias donde hay tantas empresas, en su mayoría pequeñas, que las acciones de cualquiera de ellas no pueden afectar el precio de mercado del bien o servicio. La agricultura podría ser un ejemplo. Hay tantos proveedores de trigo que la decisión de un agricultor de duplicar o triplicar su producción, o reducirla a la mitad, no tendrá ningún impacto sobre su precio de mercado. (Por supuesto, si todos los agricultores deciden duplicar su producción, habrá un impacto sustancial sobre el precio de mercado.) Se dice que dicha industria es "perfectamente competitiva".

GRÁFICA II.9. *Producción maximizadora del beneficio de una empresa*



En la microeconomía se afirma que la empresa opera en dos marcos temporales diferentes: el corto plazo y el largo plazo. Estos periodos no corresponden al tiempo del calendario. Por el contrario, se definen en términos de los insumos de la empresa. En el corto plazo, por lo menos uno de los insumos está fijo (mientras que todos los demás varían), y por lo general el factor de producción que está fijo es el capital (los edificios, las máquinas y otros insumos durables de la empresa). En virtud de que el capital está fijo en el corto plazo, todos los costos asociados al capital se llaman costos fijos. En el corto plazo, la empresa puede olvidarse esencialmente de tales costos: se incurrirá en ellos independientemente de que la empresa no produzca nada o produzca 10 millones de unidades. (Los únicos costos que cambian en el corto plazo son los "costos variables", los que aumentan o disminuyen según el volumen de producción de la empresa.) El largo plazo se distingue por el hecho de que todos los factores de producción se vuelven variables. Ya no hay costos fijos. Las empresas establecidas podrán expandir su capacidad productiva o abandonar la industria definitivamente, y nuevas empresas podrán entrar en la industria.

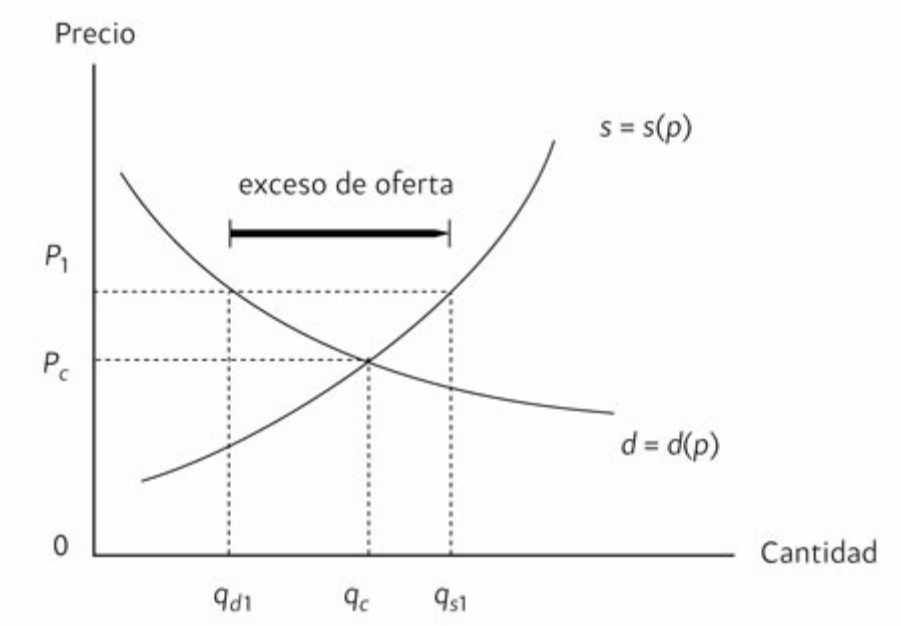
Otra distinción importante entre el corto y el largo plazos se relaciona con el nivel de equilibrio del beneficio de cada empresa. En todo momento hay una tasa promedio de rendimiento ganado por el capital en el conjunto de la economía. Cuando los beneficios ganados en una industria particular superan la tasa promedio de beneficio de inversiones comparables, nuevas empresas entrarán en la industria, si suponemos que no hay barreras que impidan la entrada. A medida que ocurre la entrada, aumenta la producción total de la industria y baja el precio de la producción, de modo que disminuye el ingreso de cada empresa. De igual modo, una mayor competencia por los factores de la producción elevará los precios de los insumos y aumentará los costos. La combinación de estas dos fuerzas hace que disminuyan los beneficios de cada empresa. La entrada cesa cuando los beneficios bajan al nivel de la tasa promedio.

Los economistas describen estos hechos de una manera especial. El rendimiento promedio del capital se trata como una parte de los costos que se restan de los ingresos para obtener los "beneficios económicos". Por lo tanto, cuando la tasa de rendimiento del capital invertido en esta industria se iguala al promedio de la economía en su conjunto, decimos que "los beneficios económicos son iguales a cero".[9]

Esto nos lleva a la conclusión de que los beneficios económicos son iguales a cero en una industria que se encuentra en equilibrio en el largo plazo. En virtud de que esta condición puede ocurrir sólo en el punto mínimo de la curva de costo promedio de la empresa, donde los costos promedios de la producción son los más bajos posibles, los insumos se usarán con la mayor eficiencia en el equilibrio en el largo plazo. Por lo tanto, la condición de los beneficios económicos nulos, lejos de constituir una pesadilla, es realmente un estado deseable.

Habiendo descrito el comportamiento de los consumidores que maximizan su utilidad y el de los productores que maximizan su beneficio, nuestra tarea siguiente consistirá en unificar a ambos para explicar cómo interactúan. Demostraremos en primer término cómo se determinan un precio y una cantidad únicos por la interacción de la oferta y la demanda en un mercado perfectamente competitivo; luego mostraremos lo que ocurre con el precio y con la cantidad cuando la estructura del mercado se vuelve monopólica. Concluiremos esta sección con un ejemplo del análisis de equilibrio de un importante asunto de la política pública.

GRÁFICA II.10. *Equilibrio de mercado en un mercado perfectamente competitivo*



A. *Equilibrio en una industria perfectamente competitiva*

Llamamos perfectamente competitiva a una industria donde hay tantas empresas que las decisiones individuales de cualquiera de ellas no pueden influir sobre el precio del mercado, y donde hay tantos consumidores que las decisiones individuales de maximización de la utilidad de cualquier consumidor tampoco pueden afectar el precio del mercado. Para tal industria, la demanda agregada y la oferta agregada del producto pueden representarse por la curva de demanda de pendiente descendente, $d = d(p)$, y la curva de oferta de pendiente positiva, $s = s(p)$, en la gráfica II.10. El precio y la cantidad vaciadores del mercado o de equilibrio ocurren en el punto de intersección de las curvas de oferta y demanda agregadas. En esa combinación de precio y cantidad, las decisiones de

consumidores y proveedores son congruentes.

Podemos ver por qué la combinación de P_c, q_c en la gráfica II.10 es un equilibrio considerando lo que ocurriría si se obtuviera una combinación de precio y cantidad diferente. Supongamos que el precio de mercado inicial era P_1. A ese precio, los productores maximizarían sus beneficios proveyendo q_{s1} de producto, y los consumidores maximizadores de su utilidad estarían dispuestos a comprar q_{d1} unidades de producto. Estas decisiones de oferta y demanda son incongruentes: en P_1, la cantidad que los proveedores desearían vender supera a la cantidad que los consumidores desearían comprar. ¿Cómo resolverá el mercado esta oferta excedente? Queda claro que el precio de mercado deberá bajar. A medida que el precio baja, los consumidores demandarán más y los productores proveerán menos, de modo que se cerrará la brecha existente entre la oferta y la demanda. Finalmente, el precio podrá llegar a P_c. Y a ese precio, como hemos visto, la cantidad que los proveedores desean vender es igual a la cantidad que los consumidores desean comprar.

B. *Equilibrio en un mercado monopólico*

El monopolio se encuentra en el otro extremo de la estructura del mercado. En un monopolio sólo hay un proveedor, de modo que la empresa y la industria son idénticas. Un monopolio puede surgir y persistir sólo cuando hay barreras que imposibiliten la aparición de empresas competidoras. En general, tales barreras pueden provenir de dos fuentes: primero, de las restricciones estatutarias y otras restricciones legales que impiden la entrada, y segundo, de las condiciones tecnológicas de la producción conocidas como economías de escala. Tenemos un ejemplo de una restricción estatutaria a la entrada en la negativa de la Junta de Aeronáutica Civil, desde la década de 1930 hasta mediados de la década de 1970, a permitir la entrada de nuevas aerolíneas al mercado de tráfico de pasajeros en rutas tan importantes como Los Ángeles-Nueva York y Chicago-Miami.

La segunda barrera contra la entrada es tecnológica. Las economías de escala son una condición de la producción donde, entre mayor sea el nivel de la producción, menor será el costo promedio de producción. Cuando existen tales condiciones, una empresa puede producir cualquier nivel de producción a un costo menor que el de varias empresas. Un monopolista que deba su existencia a las economías de escala recibe a veces el nombre de monopolio natural. Las empresas de servicios públicos tales como las de agua, las telecomunicaciones, la televisión por cable y la energía eléctrica son a menudo monopolios naturales. Las ventajas tecnológicas de un monopolio natural se perderían parcialmente si se permite que la empresa única restrinja su producción y cobre un precio monopólico. Por esa razón, los monopolios naturales casi siempre están regulados por el gobierno.

El monopolista, como la empresa competitiva, maximiza su beneficio

produciendo al nivel en el que el costo marginal se iguala al ingreso marginal. El costo marginal del monopolista, como en el caso de la empresa competitiva, es el costo de la producción de una unidad más. Esta curva de costo está representada en la gráfica II.11 por la curva denominada *CM*. Pero el ingreso marginal del monopolista es diferente del de la empresa competitiva. Recordemos que el ingreso marginal describe el cambio ocurrido en los ingresos totales de una empresa cuando hay un cambio pequeño, o marginal, en el número de las unidades del producto vendidas. Para la empresa competitiva, el ingreso marginal es igual al precio del producto. En virtud de que la empresa competitiva puede vender todo lo que quiera al precio prevaleciente, cada unidad adicional del producto que se venda agregará exactamente el precio de venta a los ingresos totales de la empresa. Pero para el monopolista, el ingreso marginal disminuye a medida que aumenta el número de unidades vendidas. Esto se indica en la gráfica II.11 por la curva de pendiente descendente designada *IM*. Adviértase que la curva *IM* se encuentra por debajo de la curva de demanda. Esto indica que el ingreso marginal de una unidad vendida por un monopolista es siempre menor que el precio. *IM* es positivo pero declinante para las unidades de producto entre 0 y q_c; por consiguiente, la venta de cada una de esas unidades aumenta los ingresos totales de la empresa, pero a una tasa decreciente. La unidad q_c no añade realmente nada a los ingresos totales de la empresa ($IM = 0$), y para cada unidad del producto más allá de q_c, *IM* es menor que cero, lo que significa que cada una de esas unidades efectivamente disminuye los ingresos totales del monopolista.

Una digresión: el costo de oportunidad y la ventaja comparativa

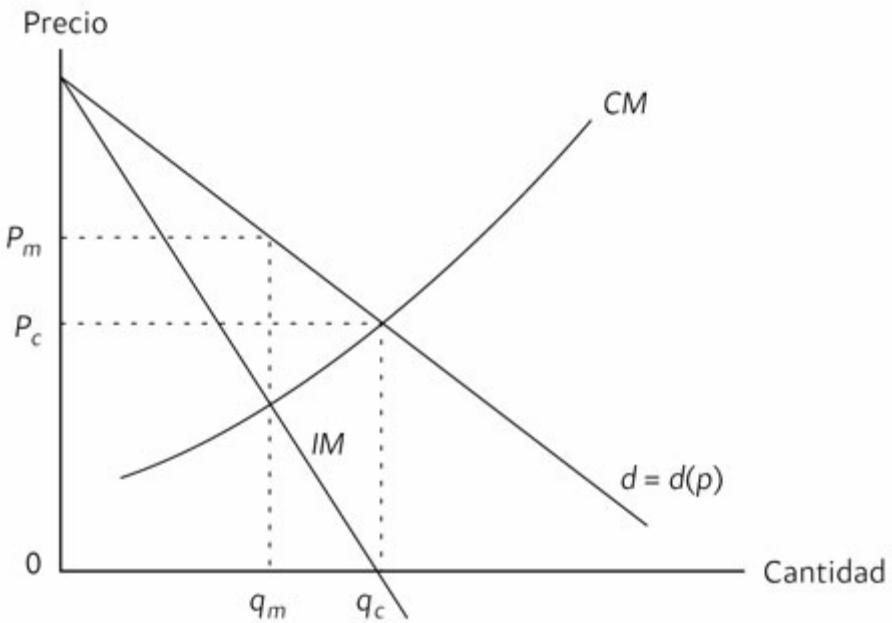
Hemos venido usando implícitamente uno de los conceptos más fundamentales de la microeconomía: el costo de oportunidad. Este término se refiere al costo económico de una alternativa sacrificada. Cuando usted decide ingresar a una universidad, a un politécnico o a una escuela de derecho, renuncia a otras alternativas valiosas tales como tomar un trabajo, entrenarse para la Olimpiada o viajar alrededor del mundo en un barco de vapor. Al reconocer el costo de asistir a la universidad, al politécnico o a la escuela de derecho, el verdadero costo económico era el de la mejor alternativa siguiente. Esto se aplica a las decisiones de todos los actores económicos: al maximizar su utilidad, el consumidor deberá considerar las alternativas sacrificadas al escoger un conjunto de bienes de consumo en lugar de otro; al maximizar sus beneficios, la empresa deberá considerar las oportunidades sacrificadas al dedicar sus recursos a la producción de adminículos en lugar de alguna otra cosa.

En general, la noción económica del costo de oportunidad es más amplia

que la noción más común del costo contable. Un ejemplo aclarará este punto.* Supongamos que un pariente rico le regala un automóvil cuyo valor de mercado es de $15 000. Le dice que si vende el automóvil podrá quedarse con el dinero, pero si usted mismo lo usa, él pagará la gasolina, el aceite, el mantenimiento, las reparaciones y el seguro. En suma, le dice: "¡El uso del automóvil es GRATUITO!" Pero ¿lo es realmente? Supongamos que los $15 000 en los que podría venderse el automóvil ganaran un interés de 12% anual en una cuenta de ahorros, lo que generaría un ingreso anual de $1 800 por concepto de intereses. Si usa el automóvil durante un año, su valor de reventa bajará a $11 000, lo que significaría un costo de $4 000 para usted. Por lo tanto, su costo de oportunidad por usar el automóvil durante un año es de $4 000 más el interés sacrificado de $1 800: un total de $5 800. Esto dista mucho de ser gratuito. El costo contable del uso del automóvil es cero, pero el costo de oportunidad es positivo.

La ventaja comparativa es otro concepto económico útil, relacionado con la noción del costo de oportunidad. La ley de la ventaja comparativa sostiene que los individuos deberían realizar actividades cuyos costos de oportunidad sean menores. Por ejemplo, alguien que mida más de dos metros tendrá una ventaja comparativa si sigue una carrera en el basquetbol profesional. Pero ¿qué diremos de alguien cuyas habilidades son tales que puede hacer bien muchas cosas? Supongamos, por ejemplo, que un abogado hábil es también un mecanógrafo competente. ¿Deberá esta persona escribir en su propia máquina o contratar a alguien que lo haga mientras se especializa en la práctica del derecho? La noción de la ventaja comparativa aconseja la especialización: el abogado puede ganar mucho más dinero especializándose en la práctica del derecho que tratando de hacer ambos trabajos, de modo que podría pagar sin dificultad a otra persona que se encargue de su mecanografía, aunque en ésta sea menos eficiente que él.*

GRÁFICA II.11. *Producción y precio maximizadores del beneficio de un monopolista*



La razón de esta relación compleja entre el ingreso marginal y las unidades vendidas por el monopolista es la curva de demanda de pendiente descendente. Esta curva implica que el monopolista debe reducir el precio; pero, a fin de vender una unidad de producto adicional, el monopolista deberá reducir el precio de todas las unidades vendidas, no sólo de la última marginal.[10] Se puede demostrar así, usando el cálculo, que la adición a los ingresos totales, derivada de la venta de una unidad adicional de producto, será siempre menor que el precio cobrado por esa unidad. Por lo tanto, en virtud de que *IM* es siempre menor que el precio de todas las unidades del producto, y de que el precio disminuye a lo largo de la curva de demanda, la curva *IM* debe tener también una pendiente descendente y encontrarse por debajo de la curva de demanda.

El monopolista maximiza su beneficio escogiendo el nivel de producción donde el ingreso marginal llegue a ser igual al costo marginal. Este nivel de producción, q_m, se muestra en la gráfica II.11. La curva de demanda indica que los consumidores están dispuestos a pagar P_m por esa cantidad de producto. Adviértase que si esta industria fuese competitiva, en lugar de monopolizada, las actividades de maximización del beneficio de las empresas habrían generado un precio y una cantidad en equilibrio en la intersección de la curva de oferta agregada, *S*, y la curva de demanda de la industria, *D*. El precio competitivo, P_c, es menor que el precio monopólico, y la cantidad del producto producida y consumida bajo la competencia, q_c, es mayor que bajo el monopolio.

Los economistas distinguen otras estructuras del mercado que son intermedias entre los extremos de la competencia perfecta y el monopolio. Las

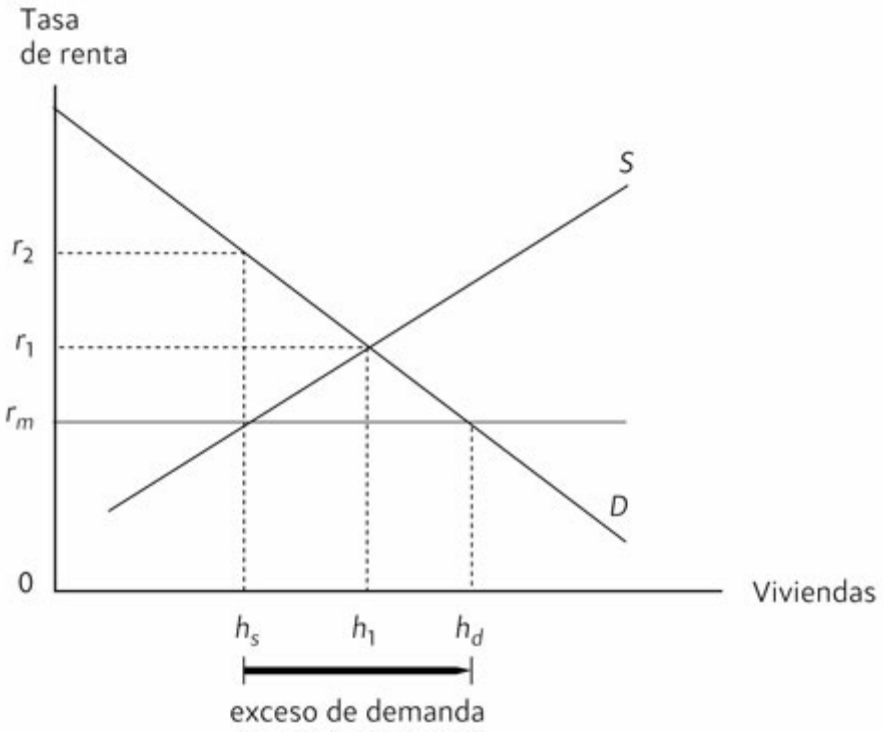
más importantes son el oligopolio y la competencia imperfecta. Un mercado oligopólico es aquel que contiene pocas empresas que reconocen que sus decisiones individuales de maximización del beneficio son interdependientes. Eso significa que lo que sea óptimo para la empresa *A* dependerá no sólo de sus costos marginales y la demanda de su producto, sino también de lo que las empresas *B, C* y *D* hayan decidido producir y de los precios que cobren. El análisis económico de esta interdependencia requiere un conocimiento de la teoría de juegos, que examinaremos más adelante.

Un mercado imperfectamente competitivo es aquel que tiene la mayoría de las características de un mercado perfectamente competitivo —por ejemplo, la libre entrada y salida de empresas y la presencia de muchas empresas—, pero que tiene un importante elemento monopólico: las empresas producen bienes diferenciables en lugar del bien homogéneo producido por las empresas perfectamente competitivas. Por lo tanto, las empresas imperfectamente competitivas distinguen su producto por nombres comerciales, colores, tamaños, calidad, durabilidad, etcétera.

C. *Un ejemplo del análisis de equilibrio*

Convendrá examinar un ejemplo de la aplicación de esa teoría a un problema real. Imaginemos un mercado de casas de renta como el que se describe en la gráfica II.12. La demanda de casas de renta está dada por la curva *D*, y la oferta de casas de renta está dada por la curva *S* de pendiente ascendente. Si suponemos que el mercado de casas de renta es competitivo, las acciones independientes de los consumidores y los propietarios de las casas de renta maximizadores de sus beneficios generarán una renta de r_1 y la cantidad h_1 de viviendas en renta ofrecidas y demandadas. Adviértase que éste es un equilibrio en el sentido mencionado antes: las decisiones de los demandantes del producto y de sus ofertantes son congruentes al precio *r*1. A menos que algo haga cambiar las curvas de demanda o de oferta, esta combinación de precio y cantidad se mantendrá.

GRÁFICA II.12. *Consecuencias de un decreto de control de rentas que las limita por debajo de la tasa de renta vaciadora del mercado*



Pero supongamos ahora que el gobierno municipal cree que r_1 es demasiado elevada. Entonces aprueba un decreto que especifica una tasa de renta máxima de r_m para la vivienda, considerablemente menor que la tasa de equilibrio del mercado. El gobierno espera que los inquilinos consuman por lo menos la misma cantidad de vivienda pero a una renta menor. Sin embargo, una mirada a la gráfica II.12 nos hace dudar de ese resultado. En r_m los consumidores demandan h_d unidades de casas en renta, una suma mayor que la cantidad demandada a la tasa mayor de r_1. Pero a esta tasa menor los ofertantes sólo están dispuestos a ofrecer h_s unidades de viviendas en renta. Aparentemente no les conviene destinar a los inquilinos tantas unidades de vivienda a esa tasa menor; es posible que si r_m es todo lo que pueden obtener con la renta de sus unidades de vivienda, los proveedores preferirán destinar algunas de sus unidades a otros usos, tales como que la ocupe la familia del propietario o venderla en forma de condominios. El resultado del tope impuesto por el gobierno es una escasez, o una demanda excedente, de las unidades de renta igual a $(h_d - h_s)$.

Si se aplica estrictamente el tope de las rentas, la escasez persistirá. Deberán de encontrarse algunos métodos distintos de los precios para determinar quién obtiene las h_s unidades de casas de renta; por ejemplo, el de las colas. Finalmente, es posible que la escasez se reduzca porque la curva de demanda se desplace hacia adentro o la curva de oferta se desplace hacia afuera. Es posible

también que los casatenientes dejen que sus propiedades se deterioren descuidando el mantenimiento rutinario y las reparaciones, de modo que la calidad de su propiedad caiga hasta el punto en que r_m ofrezca una tasa de rendimiento competitiva para ellos.

Pero si el tope de las rentas no se aplica estrictamente, los consumidores y los proveedores encontrarán algún procedimiento para eliminar la escasez. Por ejemplo, los inquilinos podrían ofrecer servicios gratuitos o pagos secretos (llamados a veces pagos laterales) a los casatenientes a fin de lograr que la renta efectiva se ubique por encima de r_m y se induzca así al propietario a que les rente a ellos y no a quienes sólo están dispuestos a pagar r_m. Esos servicios y pagos laterales podrían llegar a $(r_2 - r_m)$ por unidad de vivienda.

7. TEORÍA DE JUEGOS

Con frecuencia, el derecho enfrenta situaciones donde hay pocos tomadores de decisiones y donde la acción óptima de una persona depende de lo que escoja otro actor. Estas situaciones se parecen a los juegos en que los individuos deben decidir acerca de una estrategia. una estrategia es un plan de acción que responde a las reacciones de otros. La teoría de juegos se ocupa de cualquier situación donde la estrategia sea importante. En consecuencia, la teoría de juegos incrementará nuestro entendimiento de algunas reglas e instituciones legales. Para quienes deseen estudiar este tema en mayor detalle, hay ahora varios libros excelentes de introducción a la teoría de juegos.[11]

Para caracterizar un juego debemos especificar tres cosas:

1. los jugadores,
2. las estrategias de cada jugador, y
3. las ganancias de cada estrategia para cada jugador.

Consideremos un ejemplo famoso: el dilema del prisionero. Dos individuos, el Sospechoso 1 y el Sospechoso 2, conspiran para cometer un delito. La policía los captura afuera del lugar donde se cometió el delito, los lleva a la estación de policía y los encierra en cuartos separados para que no puedan comunicarse. Las autoridades los interrogan individualmente y tratan de hacer que un sospechoso declare contra el otro. Las pruebas contra ellos son circunstanciales: simplemente estaban en el lugar equivocado en el momento equivocado. Si la fiscalía tiene que ir a juicio sólo con esta prueba, tendrá que acusar a los sospechosos de un delito menor y obtendrán un castigo relativamente leve, digamos un año en prisión. La fiscalía preferiría sin duda que uno de los sospechosos, o ambos, confesaran el delito más grave que supuestamente han cometido. Específicamente, si cualquiera de los sospechosos confiesa (y así implica al otro) y el otro no lo hace, el que no confiese recibirá una pena de siete

años de prisión y el que confiese recibirá sólo medio año en prisión por haber colaborado con la fiscalía. Si puede convencerse a ambos sospechosos de que confiesen, cada uno pasará cinco años en prisión. ¿Qué debería hacer cada sospechoso: confesar o guardar silencio?

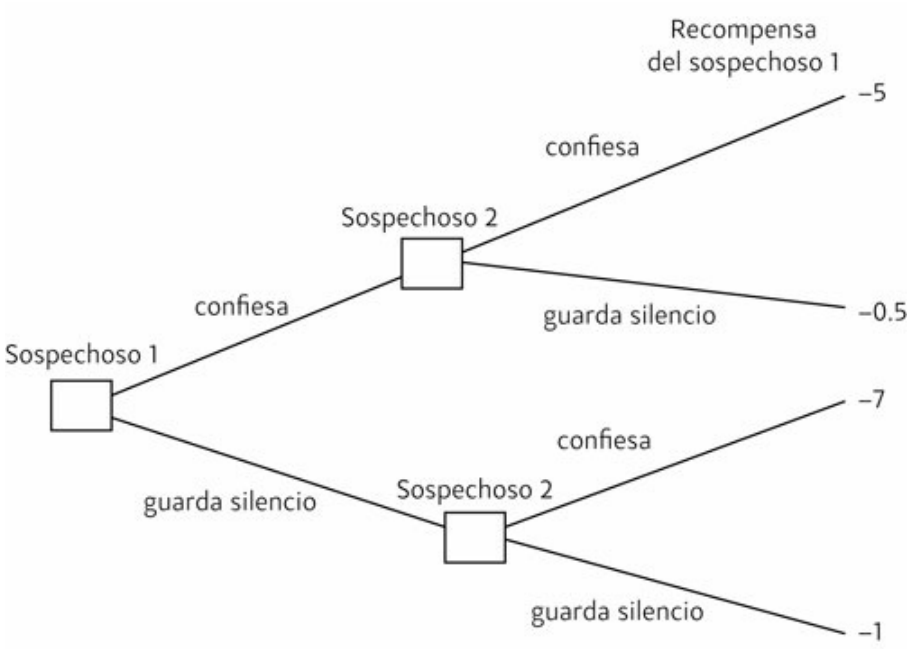
FIGURA II.13. *Forma estratégica de un juego, también conocida como matriz de ganancia*

		Sospechoso 1	
		Confesar	Guardar silencio
Sospechoso 2	Confesar	−5 −5	−7 −0.5
	Guardar silencio	−0.5 −7	−1 −1

Las estrategias de que disponen los sospechosos pueden mostrarse en una matriz de ganancias como la de la figura II.13. Cada sospechoso tiene dos estrategias: confesar o guardar silencio. Las ganancias de cada jugador por seguir una estrategia dada se indican por las cifras de las cuatro celdas de la gráfica; las ganancias del Sospechoso 2 aparecen en la esquina inferior izquierda de cada celda y las del Sospechoso 1 en la esquina superior derecha.

He aquí cómo se leen las cifras de la matriz de ganancias. Si el Sospechoso 1 confiesa y el Sospechoso 2 también lo hace, cada uno será sentenciado a cinco años en prisión. Si el Sospechoso 1 confiesa y el Sospechoso 2 guarda silencio, el Sospechoso 1 pasará medio año en prisión, mientras que el Sospechoso 2 pasará siete años en prisión. Si el Sospechoso 1 guarda silencio y el Sospechoso 2 confiesa, el Sospechoso 2 pasará medio año en prisión y el Sospechoso 1 pasará siete años en prisión. Por último, si ambos sospechosos guardan silencio, cada uno pasará un año en prisión.

FIGURA II.14. *Forma extensiva del dilema del prisionero*



Podemos considerar de otro modo las opciones del Sospechoso 1. La matriz de ganancias se designa a veces como la forma estratégica del juego. Una alternativa es la forma extensiva, que describe las opciones de un jugador bajo la forma de un árbol de decisión como se indica en la figura II.14.

Ahora vamos a explorar la estrategia óptima —confesar o guardar silencio— para cada jugador, dadas las opciones de la matriz de ganancias y suponiendo que el otro jugador ha hecho alguna elección. Consideremos cómo seleccionará el Sospechoso 1 su estrategia óptima. Recuérdese que los jugadores se encuentran en cuartos separados y no se pueden comunicar entre sí. (En virtud de que el juego es simétrico, ésta es exactamente la forma en que el Sospechoso 2 seleccionará su estrategia óptima.)

Primero, ¿qué debería hacer el Sospechoso 1 si el Sospechoso 2 confiesa? Si guarda silencio cuando el Sospechoso 2 confiesa, pasará siete años en prisión. Si confiesa cuando el Sospechoso 2 también lo hace, pasará cinco años preso. Por lo tanto, si el Sospechoso 2 confiesa, queda claro que lo mejor que puede hacer el Sospechoso 1 es confesar.

Pero ¿qué hacer si el Sospechoso 2 adopta la estrategia alternativa de guardar silencio? ¿Qué será lo mejor que puede hacer el Sospechoso 1 en esas circunstancias? Si el Sospechoso 2 guarda silencio, y el Sospechoso 1 confiesa, sólo pasará medio año en prisión. Si guarda silencio cuando el Sospechoso 2 también lo hace, pasará un año en prisión. De nuevo, lo mejor que puede hacer el Sospechoso 1, si el otro sospechoso guarda silencio, es confesar.

Por lo tanto, el Sospechoso 1 confesará siempre. Independientemente de lo que haga el otro jugador, confesar significará siempre menos tiempo en prisión

para él. En la jerga de la teoría de juegos, esto significa que confesar es una estrategia dominante: la movida óptima para un jugador es la misma, independientemente de lo que haga el otro.

En virtud de que el otro sospechoso realizará precisamente los mismos cálculos, también confesará, ya que ésta es la estrategia dominante para cada jugador. El resultado es que ambos sospechosos confesarán y pasarán cinco años en prisión.

La solución de este juego, que ambos sospechosos confiesen, es un equilibrio: no hay ninguna razón para que alguno de los jugadores cambie su estrategia. En la teoría de juegos hay un famoso concepto que caracteriza este equilibrio: un equilibrio de Nash. En tal equilibrio, ningún jugador puede obtener algo mejor cambiando su comportamiento mientras que los jugadores no cambien el suyo. (Adviértase que el equilibrio competitivo que discutimos en secciones anteriores es un ejemplo de un equilibrio de Nash cuando hay muchos jugadores en el juego.)

La noción de un equilibrio de Nash es fundamental en la teoría de juegos, pero tiene algunas deficiencias. Por ejemplo, algunos juegos no tienen equilibrio de Nash, mientras que otros tienen varios. Por último, no hay necesariamente una correspondencia entre el equilibrio de Nash y la eficiencia de Pareto, el criterio que utilizan los economistas para evaluar muchos equilibrios. Para ver por qué ocurre esto, volvamos al anterior dilema del prisionero. Hemos visto que el hecho de que ambos sospechosos confiesen es un equilibrio de Nash. Pero se puede observar que ésta no es una solución del juego eficiente en el sentido de Pareto. Cuando los dos sospechosos confiesan, ambos pasarán cinco años en prisión. Es posible que ambos jugadores alcancen una situación mejor. Ello ocurriría si ambos guardaran silencio. Por lo tanto, la celda cuatro (donde ambos reciben una sentencia de un año en prisión) es un resultado eficiente en el sentido de Pareto. Así queda claro que esa solución es imposible porque los sospechosos no pueden celebrar un pacto irrenunciable de no confesar.[12]

Podemos utilizar el dilema del prisionero para analizar otro concepto fundamental de la teoría de juegos: el de los juegos repetidos. Supongamos que los mismos jugadores jugarán el dilema del prisionero no sólo una vez, sino varias. ¿Cambiaría entonces nuestro análisis del juego? Si los mismos personajes realizan repetidamente el mismo juego de acuerdo con las mismas reglas, es posible que surja la cooperación y que los jugadores tengan un incentivo para establecer una reputación; en este caso, una reputación de confiabilidad.

En el caso de un juego repetido, es importante saber si un juego se repetirá un número fijo o un número indefinido de veces. Para ver la diferencia, supongamos que el dilema del prisionero anterior se repite exactamente 10 veces. La estrategia óptima de cada jugador deberá considerarse ahora para todos los juegos, no sólo para un juego a la vez. Imaginemos al Sospechoso 2 reflexionando, antes de que se juegue el primer juego, sobre la estrategia que

deberá seguir para cada juego. Podría pensar que él y su cómplice, atrapados después de cada delito, aprenderán a (o se pondrán de acuerdo en) guardar silencio en lugar de confesar. Pero luego el Sospechoso 2 piensa en el último juego, el décimo. Aunque los jugadores hayan aprendido a (o se hayan puesto de acuerdo en) guardar silencio hasta el noveno juego, las cosas serán diferentes en el juego 10. En virtud de que ésta es la última vez que se efectuará el juego, el Sospechoso 1 tiene un fuerte incentivo para confesar. Así, si confiesa en el último juego y el Sospechoso 2 respeta el acuerdo de no confesar, éste pasará siete años en prisión mientras que su cómplice sólo pasará medio año. Sabiendo que el Sospechoso 1 tiene este incentivo para violar el acuerdo de no confesar en el último juego, la mejor estrategia para el Sospechoso 2 es también la de confesar en el juego final. Pero ahora el noveno juego se convierte, en cierto sentido, en el juego final. Y al decidir sobre la estrategia óptima para ese juego se aplica exactamente la misma lógica que para el juego 10: ambos jugadores confesarán también en el noveno juego. El Sospechoso 1 puede hacer también los mismos cálculos y advertirá que lo mejor es confesar en el octavo juego, y así sucesivamente. En la terminología de la teoría de juegos el juego se desbarata, de modo que cada jugador confiesa, cada vez que se juega, si ha de jugarse un número fijo de veces.

Las cosas pueden ser diferentes si el juego ha de repetirse un número indefinido de veces. En tales circunstancias, podría haber un incentivo para la cooperación. Robert Axelrod ha demostrado que en un juego como el dilema del prisionero repetido un número indefinido de veces la estrategia óptima es la de "si me das te doy": si el otro jugador cooperó en la última jugada, usted cooperará en esta jugada; si no cooperó en la última jugada, usted no cooperará en ésta.[13]

Estas consideraciones de un número fijo contra un número indefinido de ocasiones de un juego podrían parecer alejadas de los intereses del derecho, pero en realidad no ocurre así. Consideremos, por ejemplo, las relaciones existentes entre un acreedor y un deudor. Cuando los negocios del deudor marchan bien, las relaciones crediticias entre el acreedor y el deudor pueden asemejarse a un juego que se realiza un número infinito de veces. Pero si es probable que el deudor pronto se vuelva insolvente, las relaciones entre el deudor y el acreedor se asemejarán mucho más a un juego que se efectúa un número fijo de veces (y quizá un número pequeño). En consecuencia, la confianza y la cooperación entre las partes podrían derrumbarse de tal modo que el deudor trate de esconder sus activos y el acreedor trate de embargarlos para venderlos y recuperar sus pérdidas.

Veremos más adelante que estos conceptos de la teoría de juegos desempeñan un papel importante en nuestro entendimiento de las reglas y las instituciones legales.

8. Teoría de la fijación de precios de los activos

El área de la teoría microeconómica que se ocupa de los mercados de capital y de mano de obra queda fuera de los límites de este libro. Sin embargo, utilizaremos una herramienta tomada de esta área: la teoría de la fijación de precios de los activos.

Los activos son recursos que generan una corriente de ingresos. Por ejemplo, un edificio de departamentos puede generar una corriente de pagos de rentas; una patente puede generar una corriente de pagos de regalías; una anualidad puede generar una suma fija por año. Existe una técnica para convertir estas corrientes de ingresos futuros (o gastos futuros o, más generalmente, de ingresos netos) en una suma fija ahora. La cuestión general que nos planteamos es la siguiente: "¿Cuánto estaría dispuesto a pagar ahora por un activo que generará un flujo futuro dado de ingresos netos en el futuro?"

Podemos contestar esta pregunta calculando el valor presente descontado del flujo futuro de ingresos netos. Supongamos que la propiedad de un activo particular generará F_1 ingresos netos al final del primer año; F_2 ingresos netos al final del segundo año; F_3 ingresos netos al final del tercer año, y F_n al final del año n. Suponiendo que la tasa de interés prevaleciente es r, el valor presente descontado de ese activo es igual a:

$$VPD = \frac{F_1}{(1+r)} + \frac{F_2}{(1+r)^2} + \frac{F_3}{(1+r)^3} + \cdots + \frac{F_n}{(1+r)^n}.$$

Este resultado tiene muchas aplicaciones en el derecho. Por ejemplo, supongamos que un tribunal está tratando de compensar a alguien cuya propiedad ha sido destruida. Un método para valuar la pérdida consiste en calcular el valor presente descontado del flujo futuro de los ingresos netos al que tenía derecho el propietario.

9. Equilibrio general y economía del bienestar

La teoría económica que hemos revisado hasta aquí se ha concentrado en los conceptos fundamentales de la maximización, el equilibrio y la eficiencia para describir las decisiones de consumidores y empresas. La parte de la teoría microeconómica llamada economía del bienestar explora la forma en que interactúan las decisiones de muchos individuos para afectar el bienestar de los individuos como grupo. La economía del bienestar es mucho más filosófica que otros temas de la teoría microeconómica. Aquí se plantean las grandes cuestiones de la política económica. Por ejemplo, ¿existe un conflicto inherente entre la eficiencia y la justicia?, ¿hasta qué punto los mercados no regulados pueden maximizar el bienestar individual?, ¿cuándo y cómo debería intervenir el gobierno en el mercado?, ¿puede la ciencia económica identificar una

distribución justa de los bienes y servicios? En esta breve introducción sólo podremos sugerir la forma como la teoría microeconómica ataca estas cuestiones. En todo caso, este material es fundamental para el análisis económico de las reglas legales.

A. *Equilibrio general y teoremas de la eficiencia*

uno de los grandes logros de la microeconomía moderna es especificar las condiciones bajo las cuales las decisiones independientes de los consumidores maximizadores de su utilidad y las empresas maximizadoras de sus beneficios conducirán al establecimiento inevitable y espontáneo del equilibrio en todos los mercados simultáneamente. Tal condición se conoce como un equilibrio general. Éste sólo se alcanzará cuando las fuerzas competitivas hayan conducido a la igualdad del beneficio marginal y el costo marginal en el mercado para todos los bienes y servicios. Como cabe imaginarse, es poco probable que esta condición se alcance en el mundo real. Sin embargo, hay dos razones prácticas para saber qué condiciones son necesarias para obtener el equilibrio general. Primero, aunque quizá no todos los mercados del mundo real obedecerán tales condiciones, muchos de ellos sí lo harán. Segundo, especificar las condiciones que conducen al equilibrio general brinda un punto de referencia para evaluar diversos mercados y formular recomendaciones para las políticas públicas.

La microeconomía moderna ha demostrado que el equilibrio general tiene características que los economistas describen como socialmente óptimas; es decir, el equilibrio general es eficiente desde la perspectiva de la productividad y de la asignación.

B. *Falla del mercado*

En términos del bienestar, el equilibrio general es un resultado tan deseable que sería útil conocer las condiciones en las cuales se alcanzaría. Fuera de los detalles, la condición esencial es que todos los mercados sean perfectamente competitivos. Podemos caracterizar las cosas que pueden salir mal y que impidan la realización de esta condición esencial en un mercado. En esta sección describiremos las cuatro fuentes de las fallas del mercado, como se les llama, así como las políticas públicas que, en teoría, pueden corregirlas.

1. *Monopolio y poder de mercado*

La primera fuente de la falla del mercado es el monopolio en sus diversas formas: monopolio en el mercado de productos, colusión entre empresas o proveedores de insumos que por lo demás son competitivos, y monopsonio (un solo comprador) en el mercado de insumos. Si la industria fuese competitiva, el beneficio marginal y el costo marginal serían iguales. Pero como se ilustró en la

gráfica II.11, la combinación de precio y cantidad maximizadora del beneficio del monopolista ocurre en un punto en el que el precio supera el costo marginal de la producción. El precio es demasiado elevado y la cantidad ofrecida es demasiado baja desde el punto de vista de la eficiencia.

Las políticas públicas para corregir las deficiencias del monopolio consisten en sustituir el monopolio por la competencia dondequiera que ello sea posible, o en regular el precio que cobra el monopolista. La primera política consiste en justificar las leyes antimonopólicas, pero a veces no es posible, o siquiera deseable, sustituir el monopolio. Los monopolios naturales, tales como los servicios públicos, constituyen un ejemplo; se permite que esos monopolios existan, pero el gobierno regula sus precios.

2. *Externalidades*

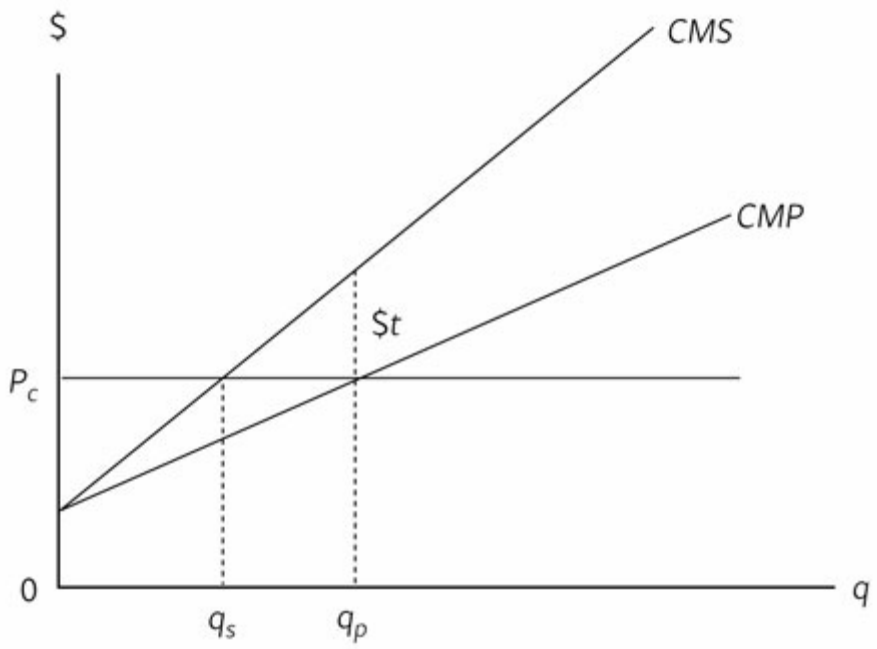
La segunda fuente de la falla del mercado es la presencia de lo que los economistas llaman externalidades. El intercambio dentro de un mercado es voluntario y mutuamente benéfico; por lo general, las partes que intercambia captan todos los beneficios y asumen todos los costos, de modo que tienen la mejor información acerca de la conveniencia del intercambio. Pero a veces los beneficios de un intercambio pueden afectar a individuos distintos de quienes participaron explícitamente en él. Además, los costos del intercambio también pueden afectar a otras partes. El primer caso es un ejemplo de beneficio externo; el segundo, de costo externo. Un ejemplo de un beneficio externo es la polinización que un apicultor provee a su vecino que tiene un huerto de manzanos. Un ejemplo de un costo externo es la contaminación del aire o el agua.

Exploremos la idea de costo externo (con frecuencia llamado simplemente externalidad) para ver cómo puede generar una falla del mercado y cuáles políticas públicas pueden corregir esta falla. Supongamos que una fábrica ubicada río arriba de una populosa ciudad arroja materiales tóxicos al río como un subproducto de su proceso de producción. Esta acción de la fábrica impone a los habitantes que viven río abajo un costo que ellos no han generado: estos habitantes deben incurrir en algunos costos adicionales para limpiar el agua o traer agua limpia de otra parte. ¿De qué manera ha fallado el mercado en este ejemplo? El mercado falla en presencia de los costos externos porque el generador de la externalidad no tiene que pagar por dañar a otros, de modo que se autocontrola en una medida insuficiente. Tal generador actúa como si el costo de eliminar los desechos fuese nulo, cuando de hecho hay algunos costos reales, como lo pueden atestiguar quienes viven río abajo. En un sentido técnico, el generador de la externalidad produce en demasía, y así crea el daño asociado, porque hay una diferencia entre el costo marginal privado y el costo marginal social.

En nuestro ejemplo, el costo marginal privado es el costo marginal de la producción para la fábrica. El costo marginal social es la suma del costo marginal privado y los costos marginales adicionales que se imponen involuntariamente a terceros, por cada unidad de la producción. La diferencia se indica en la gráfica II.15. El costo marginal social es mayor que el costo marginal privado a cada nivel de producción. La diferencia vertical entre las dos curvas es igual al monto del costo marginal externo a cualquier nivel de producción. Adviértase que, si la producción es cero, no hay ninguna externalidad; pero a medida que la producción aumenta, aumenta también el monto del costo externo por unidad de producción.

La empresa maximizadora de su beneficio opera a lo largo de su curva de costo marginal privado y maximiza sus beneficios escogiendo el nivel de producción donde $P_c = CMP$, es decir, en q_p. Pero este nivel de producción es demasiado grande desde el punto de vista de la sociedad. Así pues, los recursos de la sociedad se usarán con la máxima eficiencia si la empresa escoge su nivel de producción igualando P_c y CMS en el punto q_s. A ese nivel, la empresa ha tomado en cuenta no sólo sus propios costos de producción, sino también cualesquiera costos que involuntariamente imponga a otros.

GRÁFICA II.15. *Diferencia entre el costo marginal privado y el costo marginal social*



¿Cuáles políticas públicas inducirán al generador de externalidades a tomar en cuenta los costos externos? Ésta es una de las preguntas centrales que este libro tratará de contestar. La clave para alcanzar el óptimo social cuando hay externalidades consiste en inducir a los maximizadores del beneficio privado a

restringir su producción al nivel que sea óptimo desde el punto de vista social, no desde el punto de vista privado. Esto se logra mediante políticas que obliguen a la empresa a operar a lo largo de la curva del costo marginal social y no a lo largo de la curva del costo marginal privado. Cuando se logra esto decimos que la externalidad ha sido interiorizada, en el sentido de que la empresa privada la toma ahora en consideración.

PREGUNTA II.8

En la gráfica II.15, si la empresa está produciendo al nivel q_s ¿se estará generando algún costo externo? En caso afirmativo, ¿por qué decimos que ese nivel es un óptimo social? ¿No sería óptimo que no hubiese ningún costo externo? ¿A qué nivel de producción ocurriría eso? ¿Provee alguna orientación nuestra discusión anterior, que caracterizó todo óptimo social como el punto en que el costo marginal (social) se iguala al beneficio marginal (social)? ¿Es congruente con la existencia de algún costo externo el punto en el que se igualan el costo marginal social y el beneficio marginal social? ¿Por qué sí o por qué no?

3. *Bienes públicos*

La tercera fuente de la falla del mercado es la presencia de algo llamado bien público, el cual tiene dos características estrechamente relacionadas:

1. el consumo no rival: el consumo de un bien público por parte de una persona no deja menos para cualquier otro consumidor, y
2. la imposibilidad de exclusión: los costos de la exclusión de los beneficiarios que consuman el bien sin pagar son tan elevados que ninguna empresa privada maximizadora de su beneficio está dispuesta a proveer el bien.

Pensemos en la defensa nacional. Supongamos, por ejemplo, que la defensa nacional fuese proveída por compañías privadas rivales. Por una cuota anual, una compañía vendería a sus clientes protección contra las pérdidas derivadas de una invasión extranjera por aire, mar o tierra. Sólo los clientes que adquirieran los servicios de alguna compañía estarían protegidos contra la invasión extranjera. Quizás estos clientes podrían identificarse por ropas especiales, y su propiedad podría marcarse con una gran *X* blanca pintada en el techo de sus casas.

¿Quién compraría los servicios de estas compañías de la defensa nacional privadas? Algunos lo harían, pero muchos no. Muchos de quienes no compraran razonarían que si su vecino compra una póliza de protección a una compañía privada de la defensa nacional, también ellos estarían protegidos: sería virtualmente imposible que la compañía privada protegiera la propiedad y la persona del vecino sin proveer también seguridad al vecino que no la comprara. Por lo tanto, el consumo de defensa es no rival: el consumo de una persona no deja menos para cualquier otro consumidor. Por esa razón, hay un fuerte

incentivo para que los consumidores del bien público de provisión privada traten de ser gorrones: esperan beneficiarse del pago de otros, sin ningún costo para ellos.

Para el proveedor privado de un bien público el problema relacionado es la dificultad de excluir a los beneficiarios que no paguen. Es casi seguro que fracasará el intento de distinguir entre quienes se suscriban a compañías de defensa privada y quienes no lo hagan; por ejemplo, las ropas de identificación y las marcas de la propiedad podrían falsificarse sin dificultad.

Debido a la presencia de los gorrones y al alto costo de distinguir entre los beneficiarios que paguen de los que no paguen, no es probable que la compañía privada pueda inducir a muchas personas a que compren servicios de defensa. Si las empresas privadas maximizadoras de sus beneficios son los únicos proveedores de la defensa nacional, se proveerá demasiado poco de ese bien.

¿Cómo puede la política pública corregir la falla del mercado en la provisión de bienes públicos? Hay dos correctivos generales. Primero, el gobierno puede subsidiar la provisión privada del bien público, en forma directa o indirecta, mediante el sistema tributario. Un ejemplo sería la investigación en el campo de la ciencia básica. Segundo, el gobierno podría proveer por sí mismo el bien público y pagar los costos de la provisión del servicio con las recaudaciones obtenidas mediante la tributación obligatoria. De hecho, así es como se provee la defensa nacional.

NOTA WEB II.1

Otra clase de problema que enfrentan los mercados es la coordinación de los individuos, en especial cuando actúan de manera colectiva. Véase en nuestro sitio web un análisis de estos temas y cómo se aplican a los asuntos legales.

4. *Asimetrías severas de la información*

La cuarta fuente de la falla del mercado es un desbalance de la información entre las partes de un intercambio, tan severo que se impide el intercambio.

Por ejemplo, ocurre a menudo que los vendedores saben más que los compradores acerca de la calidad de los bienes. Una persona que vende su automóvil sabe mucho más respecto de los defectos del coche que un comprador potencial. De igual modo, cuando un banco presenta un contrato de depósito para que lo firme una persona que abre una cuenta de cheques, el banco sabe mucho más que el cliente, por lo que toca a las consecuencias legales del contrato.

Cuando los vendedores saben más que los compradores acerca de un producto, o viceversa, decimos que la información se distribuye asimétricamente en el mercado. Bajo ciertas circunstancias, estas asimetrías pueden corregirse por el mecanismo del intercambio voluntario; por ejemplo, por la disposición del vendedor a otorgar una fianza para garantizar la calidad del producto. Pero las

asimetrías severas pueden perturbar los mercados de tal modo que no se puede alcanzar un óptimo social mediante el intercambio voluntario. Cuando ello ocurre, la intervención gubernamental en el mercado podría corregir idealmente las asimetrías de la información e inducir un intercambio más cercano al óptimo. Por ejemplo, los compradores de una casa se encuentran a menudo en desventaja frente a los propietarios actuales respecto al conocimiento de los defectos latentes, como podrían ser la presencia de termitas o de cimientos débiles en la casa. En consecuencia, es posible que el mercado de la venta de casas no funcione eficientemente; puede que los compradores estén pagando demasiado por las casas, o que reduzcan ineficientemente sus compras por temor a los defectos latentes. Muchos estados han respondido exigiendo a los vendedores que revelen su conocimiento de cualesquiera defectos latentes a los compradores de casas. Si los vendedores no hacen esta revelación, podrán ser responsables de corregir tales defectos.

NOTA WEB II.2

Uno de los temas más importantes de la economía del bienestar ha sido la derivación de una función de bienestar social, que sume las preferencias individuales a las preferencias sociales. El teorema de la imposibilidad de Arrow, uno de los logros intelectuales más importantes de la economía moderna, sostiene que no se puede construir una función de bienestar social con características mínimamente deseables. En nuestro sitio web se describe el teorema con más detalle.

C. *Mejoras potenciales en términos de Pareto o la eficiencia de Kaldor-Hicks*

Insatisfechos con el criterio de Pareto, algunos economistas desarrollaron la noción de una mejora potencial en términos de Pareto (llamada a veces eficiencia de Kaldor-Hicks). Se trata aquí de un intento por superar la restricción del criterio de Pareto en el sentido de que sólo se recomiendan los cambios que mejoren por lo menos la situación de una persona sin empeorar la situación de nadie. Ese criterio requiere que los ganadores compensen explícitamente a los perdedores en cualquier cambio. Si no hay ningún pago explícito, los perdedores podrán vetar cualquier cambio. Es decir, todo cambio debe ser aprobado por unanimidad. Esto tiene claras desventajas como una guía para las políticas públicas.

En cambio, una mejora potencial en términos de Pareto permite los cambios donde hay ganadores y perdedores pero exige que los ganadores ganen más que lo que pierden los perdedores. Si se satisface esta condición, los ganadores pueden, en principio, compensar a los perdedores y quedarse todavía con un excedente. Para una mejora potencial en términos de Pareto, no tiene que hacerse efectivamente la compensación, pero ésta debe ser posible en principio. En esencia, ésta es la técnica del análisis de costo-beneficio. En el análisis de

costo-beneficio se emprende un proyecto cuando sus beneficios superan a sus costos, lo que implica que los ganadores podrían compensar a los perdedores. El análisis de costo-beneficio trata de tomar en cuenta los costos y los beneficios privados y sociales de la acción que se está considerando. Este criterio tiene algunos problemas teóricos y empíricos, pero es indispensable para aplicar la economía del bienestar.

Consideremos cómo nos ayudarán estos dos criterios —el criterio de Pareto y el criterio de Kaldor-Hicks— a analizar la eficiencia y la justicia distributiva de la decisión de una planta manufacturera de buscar una nueva ubicación. Supongamos que la planta anuncia que se trasladará del pueblo *A* al pueblo *B*. Habrá algunos ganadores: los habitantes del pueblo *B*, que obtendrán empleo en la planta nueva, los comerciantes minoristas y los constructores de casas de *B*, los accionistas de la corporación, etc. Pero también habrá perdedores: los habitantes del pueblo *A*, que ahora se quedarán desempleados, los comerciantes minoristas de *A*, los clientes de la planta que quedarán más alejados de ella, etc. Si aplicáramos a esta decisión el criterio de Pareto, los ganadores tendrían que pagar a los perdedores lo que se requiera para que éstos se sientan indiferentes entre la permanencia de la planta en *A* y su traslado a *B*. Si aplicáramos a esta decisión el criterio potencial de Pareto, los ganadores tendrían que ganar más que lo que pierden los perdedores, pero en realidad no se haría ninguna compensación.

NOTA WEB II.3

Véase en nuestro sitio web mucha más información acerca del análisis de costo-beneficio como una guía de las políticas públicas, incluido el cambio legal.

10. Toma de decisiones bajo la incertidumbre: el riesgo y el seguro

En casi todos los modelos económicos que hemos examinado hasta ahora, hemos supuesto implícitamente que la incertidumbre no nubló una decisión. Éste es claramente un supuesto simplificador. Ha llegado el momento de expandir nuestro modelo económico básico reconociendo explícitamente la presencia de la incertidumbre.

A. *Valor monetario esperado*

Supongamos que un empresario está considerando invertir en dos proyectos posibles. El primero de ellos, D_1, implica la producción de un bien cuyo mercado es conocido y estable. No hay incertidumbre acerca del resultado del proyecto D_1; el empresario puede confiar en ganar un beneficio de $200 si realiza D_1. El segundo curso de acción, D_2, involucra un producto nuevo cuya recepción por el público consumidor es incierta. Si a los consumidores les gusta el producto

nuevo, el empresario podrá ganar un beneficio de $300. Pero si no les gusta, el empresario podrá perder $30.

¿Cómo se supone que comparará el empresario estos dos proyectos? Una posibilidad es comparar sus valores monetarios esperados. Un valor esperado es la suma de las probabilidades de cada resultado posible multiplicadas por el valor de cada uno de tales resultados. Por ejemplo, supongamos que una decisión tiene cuatro resultados numéricos posibles, designados como O_1 a O_4. Supongamos también que hay cuatro estimaciones distintas de probabilidad, designadas como p_1 a p_4, asociadas a cada uno de los resultados. Si éstos son los únicos resultados posibles, estas probabilidades deberán sumar 1. El valor esperado (*VE*) de esta decisión será entonces:

$$VE = p_1O_1 + p_2O_2 + p_3O_3 + p_4O_4.$$

Volviendo a nuestro ejemplo, el empresario puede ganar $200 escogiendo D_1. ¿Cuál es el valor monetario esperado de la decisión D_2? Hay dos resultados posibles, y a fin de realizar el cálculo, el empresario necesita conocer las probabilidades. Sea p la probabilidad de éxito del nuevo producto. Por lo tanto, $(1 - p)$ es la probabilidad de que fracase. Entonces, el valor monetario esperado de D_2 para cualquier probabilidad p está dado por la expresión:

$$VME(D_2) = 300p + (?30)\,(1 - p).$$

Por ejemplo, si la probabilidad de éxito del producto nuevo es ????, el valor monetario esperado de la decisión de introducir ese producto nuevo es igual a $80.

¿Dónde obtiene el tomador de decisiones información acerca de las probabilidades de los diversos resultados? Es posible que el empresario experimentado tenga alguna intuición acerca de p, o que las encuestas de comercialización hayan proporcionado una base científica para evaluar p. otra posibilidad es que el empresario calculara el nivel de p que hará que el valor monetario esperado de D_2 se iguale al del evento seguro, D_1. Una fuerte razón para hacer eso sería que, aunque quizá no sepa con seguridad el valor de p, le sería útil saber cuán grande debe ser p para que D_2 le dé los mismos beneficios esperados que el curso de acción seguro, D_1. Por ejemplo, pese a que no haya modo de conocer con seguridad p, supongamos que podríamos calcular que, a fin de que el curso de acción incierto tenga un valor esperado mayor que el del curso de acción seguro, la probabilidad de éxito del producto nuevo tendría que ser de 0.95, casi una certeza. Ésa sería una información valiosa.

Tan sólo se necesita calcular el nivel de p que iguala el valor monetario esperado de D_1 y D_2, el cual es la p que resuelve la ecuación siguiente:

$$300p - 30(1 - p) = 200 ,$$

lo que implica que $p = 0.7$. Por supuesto, esto implica que si la probabilidad de éxito del producto nuevo es 0.7 o mayor, D_2 tendrá un valor monetario esperado mayor que el de D_1, y el empresario escogerá a D_2.

B. *Maximización de la utilidad esperada: actitudes hacia el riesgo*

¿Los individuos enfrentan la incertidumbre maximizando los valores monetarios esperados? Supongamos que las dos decisiones de la sección anterior, D_1 y D_2, tienen el mismo valor monetario esperado. ¿Se sentiría usted indiferente entre los dos cursos de acción? Probablemente no. D_1 es algo seguro, mientras que D_2 no lo es. Después de reflexionar, muchos vacilarían en tomar D_2, a menos que el valor monetario esperado de D_2 fuera mayor que el de D_1. La razón de esta vacilación podría encontrarse en el hecho de que nosotros nos resistimos a los juegos de azar, y D_2 ciertamente lo es. En general, nos sentimos mucho más cómodos con una cosa segura como D_1. ¿Podremos formalizar nuestra teoría de la toma de decisiones bajo la incertidumbre para tomar en cuenta esta actitud?

La explicación formal de este fenómeno de evitar los juegos de azar la ofreció por primera vez en el siglo XVIII el matemático y clérigo suizo Daniel Bernoulli, quien observó con frecuencia que los individuos que toman decisiones bajo incertidumbre no tratan de maximizar los valores monetarios esperados, sino la utilidad esperada. La introducción de la utilidad nos permite presentar la noción de las actitudes de los tomadores de decisiones hacia el riesgo.

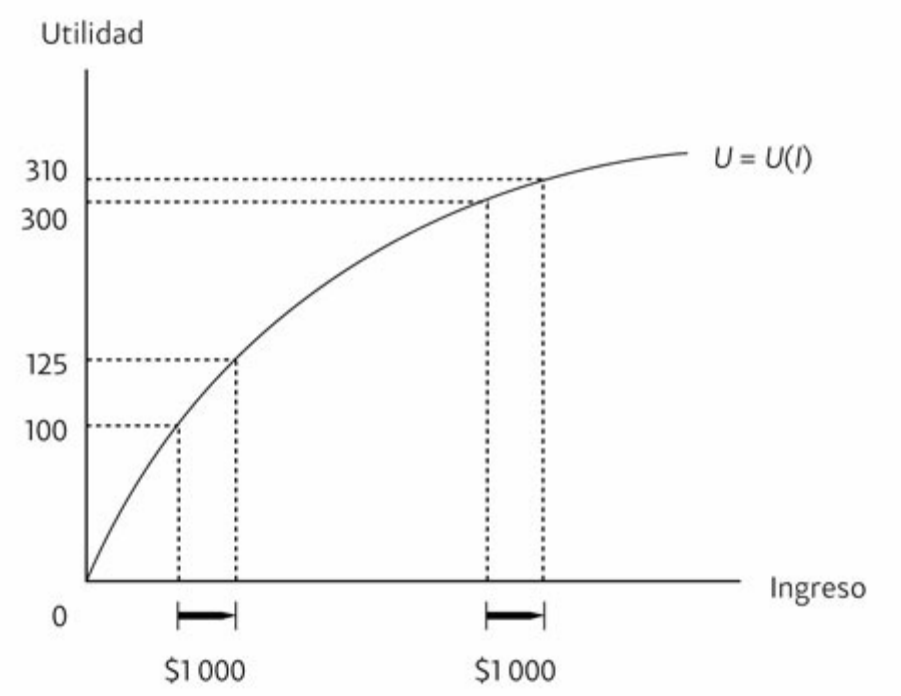
1. *Aversión al riesgo*

Supongamos que la utilidad es, entre otras cosas, una función del ingreso monetario:

$$U = U(I).$$

Bernoulli sugirió que una relación común entre el ingreso monetario y la utilidad era que, a medida que aumentaba el ingreso, también crecía la utilidad, pero a una tasa decreciente. Tal función de utilidad exhibe una utilidad marginal del ingreso decreciente. Por ejemplo, si nuestro nivel de ingresos es de $10 000, una adición de $100 al ingreso añadirá más a nuestra utilidad total que una adición de $100 al ingreso de $40 000 de la misma persona. Una función de utilidad como la que aparece en la gráfica II.16 tiene esta propiedad. Cuando el ingreso de esta persona aumenta en $1 000 a un nivel de ingreso bajo, su utilidad aumenta de 100 a 125 unidades, un aumento de 25 unidades. Pero cuando su ingreso aumenta en $1 000 a un nivel de ingreso mayor, su utilidad aumenta de 300 a 310 unidades, un aumento de sólo 10 unidades.

GRÁFICA II.16. *Aversión al riesgo como utilidad marginal del ingreso decreciente*



Decimos que una persona cuya función de utilidad en el ingreso monetario exhibe una utilidad marginal decreciente, siente aversión al riesgo. A continuación, presentamos una definición más formal de la aversión al riesgo:

> Decimos que una persona siente aversión por el riesgo si considera que la utilidad de una perspectiva cierta del ingreso monetario es mayor que la utilidad esperada de una perspectiva incierta de valor monetario esperado igual.

Por ejemplo, en el proyecto del empresario anterior, un tomador de decisiones que sienta aversión por el riesgo preferiría tener $80 con seguridad que emprender un proyecto cuyo *VME* sea igual a $80.

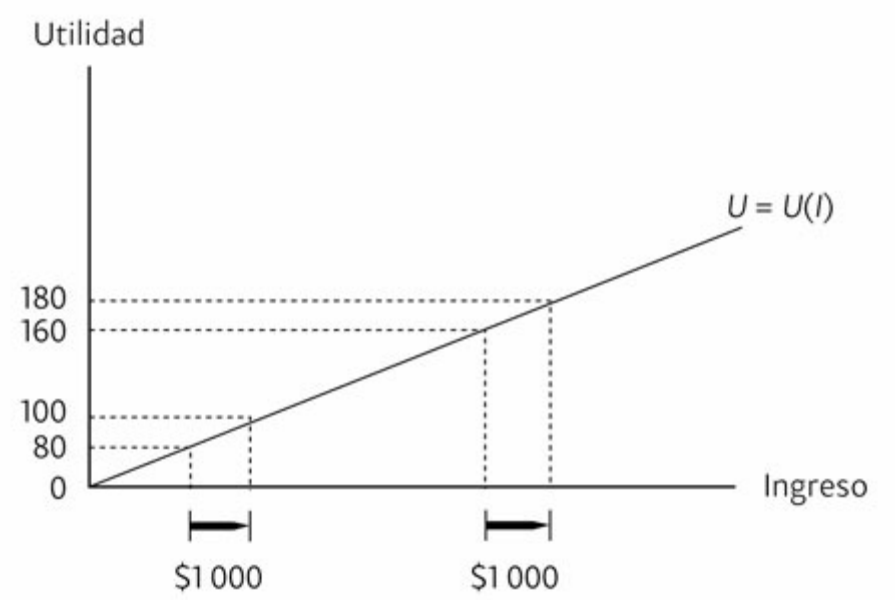
2. *Neutralidad hacia el riesgo*

Los economistas suponen que la mayoría de los individuos sienten aversión por el riesgo, pero algunos individuos son neutrales hacia el riesgo o, como los jugadores, los alpinistas y los corredores de carros de carreras, prefieren el riesgo. Así como sucede con la aversión, estas actitudes hacia el riesgo pueden definirse también en términos de la función de utilidad del individuo en el ingreso monetario y la utilidad marginal del ingreso.

Quien se sienta neutral ante el riesgo tendrá una utilidad marginal del ingreso constante, de modo que se sentirá indiferente entre una perspectiva cierta de

ingreso y una perspectiva incierta de un valor monetario esperado igual. La gráfica II.17 describe la función de utilidad de una persona neutral hacia el riesgo. Es una línea recta porque la utilidad marginal del ingreso es constante para una persona neutral hacia el riesgo.

GRÁFICA II.17. *Neutralidad ante el riesgo como la utilidad marginal del ingreso constante*



La gráfica compara el cambio de la utilidad cuando el ingreso de la persona neutral hacia el riesgo aumenta en $1 000 en dos niveles de ingreso diferentes. Cuando el ingreso de esta persona aumenta en $1 000 a un nivel de ingreso bajo, su utilidad aumenta de 80 a 100 unidades: un aumento de 20 unidades. Y cuando su ingreso aumenta en $1 000 a un nivel de ingreso alto, su utilidad aumenta exactamente en la misma cantidad, 20 unidades, de 160 a 180 unidades. Por lo tanto, la utilidad marginal del ingreso es constante para la persona neutral hacia el riesgo.

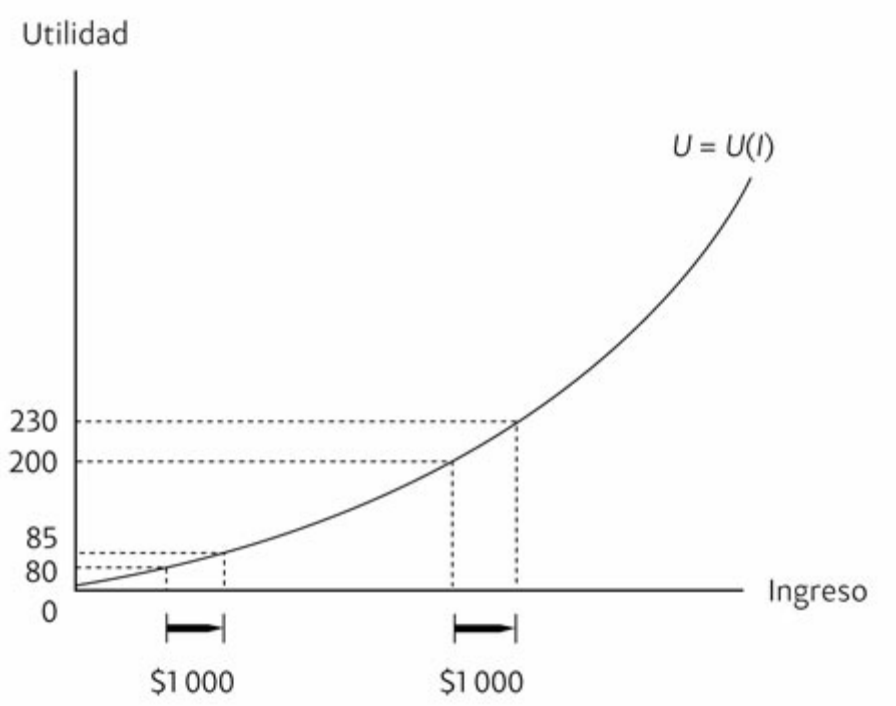
Los economistas y los especialistas en finanzas muy rara vez atribuyen a los individuos una actitud de neutralidad ante el riesgo. Sin embargo, con mucha frecuencia suponen que las organizaciones empresariales son neutras hacia el riesgo.

3. *Búsqueda o preferencia del riesgo*

Quien busque o prefiera el riesgo tendrá una utilidad marginal del ingreso creciente, de modo que preferirá una perspectiva de ingreso incierta a una perspectiva cierta de valor monetario esperado igual. La gráfica II.18 describe la función de utilidad de un individuo que prefiere el riesgo. La gráfica permite

comparar el cambio de la utilidad cuando el ingreso del individuo que prefiere el riesgo aumenta en $1 000 a dos niveles de ingreso diferentes. Cuando el ingreso de esta persona aumenta en $1 000 a un nivel de ingreso bajo, su utilidad aumenta de 80 a 85 unidades: un aumento de cinco unidades. Pero cuando su ingreso aumenta en $1 000 a un nivel de ingreso alto, su utilidad aumenta de 200 a 230 unidades: un aumento de 30 unidades. Por lo tanto, la utilidad marginal del ingreso aumenta para la persona que prefiere el riesgo.

GRÁFICA II.18. *Preferencia del riesgo como una utilidad marginal creciente del ingreso*



NOTA WEB II.4

Uno de los ganadores del Premio Nobel de Economía en 2002 fue Daniel Kahneman, un psicólogo que actualmente enseña en la Universidad de Princeton. Kahneman y su coautor, el difunto Amos Tversky, realizaron experimentos para ver hasta dónde las actitudes de las personas hacia el riesgo corresponden a las que acabamos de estudiar. Los experimentos sugirieron que la mayoría de las personas tiene sentimientos complejos hacia las pérdidas y las ganancias, lo que Kahneman y Tverski caracterizaron como "aversión al riesgo". Véase en la sección 12, en la página 78, y en nuestro sitio web más información sobre estos experimentos y sus implicaciones.

C. *Demanda de seguros*

Una de las implicaciones conductuales más importantes de la aversión hacia el riesgo radica en que los individuos pagan dinero para no tener que afrontar

resultados inciertos. Es decir, una persona que sienta aversión por el riesgo preferirá un ingreso cierto menor a un ingreso incierto mayor.

Existen tres maneras de que una persona que sienta aversión por el riesgo convierta un resultado incierto en uno cierto. Primero, podrá comprar a alguien un seguro. A cambio de otorgar una cantidad del ingreso (la prima del seguro), la compañía de seguros correrá el riesgo del evento incierto. La persona que siente aversión por el riesgo se siente en mejor situación con el ingreso cierto menor que enfrentando el ingreso incierto mayor. Segundo, esta persona podría asegurarse a sí misma. Esto podría incluir ciertos gastos para minimizar la probabilidad de que ocurra un evento incierto o para minimizar la pérdida monetaria si ocurre una contingencia particular. Un ejemplo es la instalación de detectores de humo en las casas. Otra forma de asegurarse a sí mismo consiste en apartar una suma de dinero para cubrir posibles pérdidas. Tercero, una persona que sienta aversión por el riesgo y esté considerando comprar algún activo riesgoso podría reducir el precio que esté dispuesta a pagar por ese activo.

D. *Oferta de seguros*

La sección anterior se ocupó de la demanda de seguros por parte de los individuos que sienten aversión por el riesgo. Consideremos ahora brevemente la oferta por parte de compañías de seguros que maximizan sus beneficios.

Se presume que las compañías aseguradoras son empresas que tratan de maximizar sus beneficios. No ofrecen contratos de seguros porque prefieran los juegos de azar a las certezas, sino por un teorema matemático conocido como la ley de los grandes números. Esta ley sostiene que los eventos imprevisibles para los individuos se vuelven previsibles entre grupos grandes de individuos. Por ejemplo, ninguno de nosotros sabe si su casa se incendiará el año próximo. Pero el estallamiento de incendios en una ciudad, estado o país es tan regular que una compañía de seguros puede determinar fácilmente las probabilidades objetivas. Al asegurar a gran número de individuos, una compañía de seguros puede pronosticar el monto total de las reclamaciones.

1. *Azar moral*

El azar moral surge cuando el comportamiento del asegurado cambia después de comprar el seguro, de modo que aumenta la probabilidad de la pérdida o su monto. Un ejemplo extremo consiste en que un asegurado puede estar motivado para incendiar su casa si se le ha permitido asegurarla en una suma mayor que su valor en el mercado. Un ejemplo más realista proviene de la pérdida debida al robo. Supongamos que usted acaba de comprar un aparato de sonido para su automóvil, pero no tiene ningún seguro contra robo. En estas circunstancias, es probable que cierre con llave su automóvil cada vez que salga de él, que lo estacione por la noche en lugares bien iluminados, que sólo utilice

estacionamientos bien vigilados, etcétera.

Supongamos ahora que usted compra una póliza de seguro que, de modo irreal, le compensa el costo total de cualquier pérdida asegurada que sufra. Como la póliza está vigente, podrá ser menos cuidadoso en lo tocante a cerrar con llave su automóvil o estacionarlo en lugares bien iluminados. En suma, el mero hecho de que su pérdida esté asegurada podría llevarlo a actuar de tal modo que aumente la probabilidad de una pérdida.

Las compañías de seguros tratan de fijar sus contratos de tal modo que, en términos generales, la prima supere moderadamente al valor monetario esperado de la pérdida. Por lo tanto, una prima que se haya fijado sin tomar en cuenta el aumento de la probabilidad de la pérdida por efecto del azar moral será demasiado baja y así pondrá en peligro la rentabilidad continua de la empresa. Todo asegurador está consciente de este problema y ha desarrollado algunos métodos para minimizarlo. Entre los más comunes se encuentran el coaseguro y los deducibles. Con el coaseguro, el asegurado asume un porcentaje fijo de su pérdida, y el asegurador asume el porcentaje restante de la pérdida; con un plan de deducibles, el asegurado asume una parte de la pérdida fija en términos de dinero, de modo que la compañía de seguros paga todas las pérdidas por encima de esa suma. Además, algunas compañías de seguros ofrecen reducciones en las primas de ciertos actos fácilmente discernibles que reducen las pérdidas. Por ejemplo, las primas del seguro de vida y de gastos médicos son menores para los no fumadores; las primas del seguro automotriz son menores para los no bebedores; asimismo, las primas del seguro contra incendios son menores para quienes instalen detectores de humo.

2. *Selección adversa*

El otro problema importante que enfrentan las compañías de seguros recibe el nombre de selección adversa. Este problema surge del alto costo en que incurren los aseguradores para distinguir entre los asegurados de alto riesgo y los de bajo riesgo. Aunque la ley de los grandes números ayuda a la compañía a evaluar las probabilidades, lo que calcula en la gran muestra son probabilidades promedio. La prima del seguro debe fijarse con esta probabilidad promedio de una pérdida particular. Por ejemplo, las compañías de seguros han determinado que los varones solteros entre 16 y, digamos, 25 años, tienen una probabilidad mucho mayor de participar en accidentes automovilísticos que otros grupos de conductores identificables. En consecuencia, la prima del seguro cobrada a los miembros de este grupo es mayor que la que se cobra a otros grupos cuya probabilidad de accidentes es mucho menor.

Pero aunque los varones solteros de entre 16 y 25 años tengan, en promedio, probabilidades mucho mayores de participar en un accidente, hay algunos jóvenes dentro de ese grupo que son aún más imprudentes que el promedio y

algunos que son mucho menos imprudentes que el promedio del grupo. Si al asegurador le resulta difícil distinguir estos grupos del conjunto más amplio de varones solteros de 16 a 25 años, la prima que se fija al nivel de la probabilidad promedio del accidente dentro del grupo parecerá como una ganga para quienes saben que son imprudentes, y como demasiado elevada para quienes saben que son más prudentes que el promedio de su grupo.

Parecería razonable suponer que, en muchos casos, los individuos conocen mejor que la compañía de seguros cuáles son sus riesgos verdaderos. Por ejemplo, sólo el asegurado puede saber si bebe mucho y fuma en la cama, o si se propone matar a su esposa, quien lo acaba de nombrar principal beneficiario en su seguro de vida. En tal caso, esta información asimétrica podría inducir a que sólo los individuos de alto riesgo compren seguros mientras que los individuos de bajo riesgo no lo hagan. En consecuencia, la compañía de seguros se hallará pagando más de lo que había anticipado por las reclamaciones. Por lo tanto, puede elevar más las primas. Esto ahuyentará a algunos clientes relativamente más seguros, dejando atrás a una clientela aún más riesgosa. La incidencia y el volumen de reclamaciones podrían aumentar una vez más, lo que desataría una serie nueva de aumentos de las primas, las deserciones de los clientes de menor riesgo, etc. Este proceso se conoce como la pendiente descendente del seguro.

Los mismos métodos que utilizan las compañías de seguros para minimizar los riesgos del azar moral podrían servir para minimizar el problema de la selección adversa. Las estipulaciones del coaseguro y los deducibles son mucho menos atractivas para los asegurados de alto riesgo que para los asegurados de bajo riesgo, de modo que la disposición de un asegurado a aceptarlas podría indicar a la compañía de seguros a cuál clase de riesgo pertenece el solicitante. La exclusión de los beneficios por la pérdida derivada de condiciones preexistentes es otro método para tratar de distinguir entre los individuos de alto y de bajo riesgo. El asegurador puede igualmente tratar de reducir, en un tiempo más largo, el sesgo de la selección adversa mediante el desarrollo de mejores métodos para discriminar entre los asegurados, como los exámenes médicos y psicológicos, a fin de ubicar a los asegurados en clases de riesgo más correctas. Por último, las aseguradoras emplean a menudo la tasa de experiencia, la práctica de ajustar la prima del asegurado hacia arriba o hacia abajo de acuerdo con su experiencia de las pérdidas asegurables. Si un asegurado pareciera ser propenso a los accidentes, el asegurador podrá entonces elevar su prima para reflejar la probabilidad o el monto de la pérdida mayor. La aseguradora puede negarse a cubrir al asegurado en el límite.

11. Beneficios y crecimiento[14]

Imaginemos a un banquero que pide que se le pague mediante la colocación de un peso en el primer escaque de un tablero de ajedrez, dos pesos en el segundo

escaque, cuatro en el tercero y así sucesivamente. Si sólo se utilizaran los escaques blancos, el peso inicial se duplicaría en valor 31 veces, dejando $21 500 000 pesos en el último escaque blanco. El crecimiento aumenta más rápido de lo que la mente puede comprender. En 1900 el ingreso por persona de Argentina era semejante al de Canadá, y ahora el ingreso de Canadá es más de tres veces mayor. Luego de la segunda Guerra Mundial, Corea y Nigeria tenían ingresos nacionales por persona similares, y en la actualidad Corea es 19 veces mayor. La mayoría de la gente no imagina que China tenga más influencia económica en el mundo que los Estados Unidos pero, si continúan las tendencias actuales, en 2014 el ingreso nacional de China superará al de los Estados Unidos.[15] Sacar a tantas personas de la pobreza en Asia Oriental, a finales del siglo XX, es uno de los logros notables de la historia. En cambio, uno de los fracasos económicos deprimentes de la historia, a finales del siglo XX, es el de África Subsahariana, donde el PIB por persona se redujo a partir de 1975 en aproximadamente 25 por ciento.

¿Por qué algunos países crecen más rápido que otros? El crecimiento sostenido requiere de innovación. La innovación se produce cuando alguien descubre una mejor manera de hacer algo o algo mejor que hacer. Los empresarios hacen las cosas de mejor manera mediante la mejora de las organizaciones y los mercados, y los científicos inventan mejores cosas que hacer. El crecimiento continuará siendo enigmático hasta que la economía tenga una teoría adecuada de innovación. Hasta ahora, la única contribución a la teoría del crecimiento que ha merecido el Premio Nobel de Economía muestra las consecuencias de la innovación para el capital y el trabajo, pero no intenta explicar la innovación.[16]

Creemos que el derecho es parte de la solución del enigma. Cuando un innovador tiene una idea nueva, ésta se debe desarrollar para que la economía crezca. La combinación de ideas nuevas y capital coincide en un obstáculo fundamental que se presenta en el siguiente ejemplo: un economista que trabajaba en un banco de inversión de Boston recibió una carta que decía: "Yo sé cómo hacer que su banco pueda ganar $10 millones. Te lo diré, si me das $1 millón". La carta capta de manera concisa el problema del financiamiento de la innovación: el banco no quiere pagar por la información sin antes determinar su valor, y el innovador teme revelarle información al banco sin antes obtener el pago. El derecho es fundamental para solucionar este problema. En capítulos posteriores de este libro se mencionan los "abogados transaccionales", quienes se valen de la ley para superar la desconfianza que impide que los individuos cooperen en los negocios. Los organismos más esenciales del derecho transaccional son la propiedad y los contratos, que trataremos en los capítulos IV, V, VIII y IX. Hacer que estos organismos legales sean eficientes promueve el crecimiento económico mediante la unión de ideas innovadoras y de capital. Los países con propiedades y contratos eficientes han establecido las bases legales

para la innovación y el crecimiento.

12. Economía del comportamiento

En nuestra revisión de la teoría microeconómica hemos seguido a microeconomistas modernos en el supuesto de que los tomadores de decisiones son egoístas de manera racional. A esta teoría de la toma de decisiones se le llama teoría de la elección racional y ha servido a los economistas por 60 años o más en la teorización acerca de cómo las personas toman decisiones económicas de manera explícita. Pero la teoría de la elección racional ha sido objeto de ataques en los últimos 30 años aproximadamente. Este ataque ha sido empírico, principalmente; es decir, se ha basado en los hallazgos experimentales acerca de que los individuos no se comportan de la manera prevista por la teoría de la elección racional. (Enseguida daremos ejemplos.)

Dos nombres de autores de la literatura experimental que han sido críticos de la teoría de la elección racional son Daniel Kahneman y Amos Tversky. Como hemos señalado anteriormente, Kahneman ganó el Premio Nobel de Economía en 2002. El cuerpo literario inspirado por Kahneman y Tversky ha adquirido el nombre de economía del comportamiento, y el análisis jurídico que considera estos hallazgos se llama derecho conductual y economía.[17]

¿Cuáles son algunos ejemplos de la economía del comportamiento? Consideremos dos (aunque hay muchos otros) que son especialmente importantes para el derecho. El primero es el resultado de los experimentos que involucran al juego de negociación del ultimátum. En este juego hay dos jugadores, ninguno de los cuales conoce la identidad del otro; interactúan de forma anónima. Su misión en el juego consiste en dividir una pequeña suma de dinero: $20, por ejemplo. Un jugador se designa como Jugador 1; el otro, como Jugador 2. El jugador 1 hace una propuesta para el jugador 2 sobre cómo deben dividirse los $20; así, el jugador 2 puede aceptar esa propuesta, en cuyo caso, el experimentador realmente le dará a los dos jugadores las sumas propuestas por el jugador 1, o rechazar la propuesta, en cuyo caso ningún jugador recibirá nada.

La teoría de la elección racional pronostica que el jugador 1 se aprovechará de su posición como el proponente para darse una parte desproporcionada de los $20, digamos $15, dejando $5 para el jugador 2. El jugador 1 también podría pensar que el jugador 2 tomará los $5, en vez de nada. De hecho, el jugador 2 puede pensar que el jugador 1 es egoísta pero que, después de todo, $5 es mejor que nada.

Este juego ha sido jugado en experimentos en más de 140 países, tanto entre grupos con ingresos, edades, niveles educativos y religiones muy diferentes, como similares y en países ricos y pobres. El resultado modal (el más común) es una división de 50-50 del capital: cada jugador obtiene $10. Igualmente interesante es el hecho de que, en muchos países, si el jugador 1 intenta tomar

más del 70% del capital (más de $14 en nuestro ejemplo de $20), el jugador 2 rechazará la oferta y ninguno de ellos recibirá nada.[18]

Nos animó un poco el hecho de que los desconocidos rara vez se aprovechan unos de otros en el juego de negociación del ultimátum. Más bien, la norma parece ser la de tratar de manera justa a la otra parte; de hecho, se tratan exactamente como uno se trata a sí mismo. ¿Esta idea tiene implicaciones legales? Retomaremos este punto en los capítulos VIII y IX, donde consideraremos la preocupación del derecho contractual con algunas formas de sacar ventaja en la negociación.

Un segundo ejemplo de hallazgo de economía del comportamiento es el sesgo de la retrospectiva. Esto se refiere al hecho de que las cosas que realmente suceden, en retrospectiva *(ex post)*, parecen haber sido mucho más probables de lo que parecían ser en la prospectiva *(ex ante)*. Por lo tanto, si en la primavera de 2010 se le hubiera preguntado a la gente sobre la probabilidad de que España ganara la Copa del Mundo 2010 en Sudáfrica, podía haber dicho "10%". Pero si se le pregunta después de que España realmente ganó la copa, dirá que era mucho más probable, por ejemplo, el 40%. ¿Existe alguna implicación legal? Tome en cuenta algo que discutiremos en el capítulo VI: ¿cómo podemos inducir a alguien para que tome la precaución suficiente para no dañar a otra persona? Como veremos, una manera de hacerlo es exponiendo al posible causante a la responsabilidad por las lesiones que la víctima sufriría si el causante no tomara la precaución prudente. Aquí está el problema, lo que podría parecer una precaución prudente antes de que ocurra un accidente, en retrospectiva podría parecer imprudente. Es decir, que si ha ocurrido un accidente, el sesgo de la retrospectiva podría decirnos que el accidente era más inevitable de lo que hubiéramos pensado antes.

La teoría de la elección racional no puede explicar el comportamiento observado en el juego de negociación del ultimátum o el sesgo de la retrospectiva. La idea central de la economía del comportamiento es que los seres humanos cometemos errores predecibles en el juicio, la cognición y la toma de decisiones. Somos, por citar el título de un libro de Dan Ariely sobre este tema, "predeciblemente irracionales". El análisis económico debe utilizar la teoría de la elección racional o la teoría del comportamiento, dependiendo de cuál pronostique con mayor precisión los efectos de la ley sobre el comportamiento.

PREGUNTAS DE REPASO

Si no está seguro de que necesita repasar la teoría microeconómica, revise estas peguntas. Si le resultan demasiado difíciles, lea este capítulo y vuelva a intentarlo. Si sólo algunas de las preguntas son demasiado difíciles, repase la sección del capítulo en que se aborda ese tema.

II. 1. Defina el papel de los conceptos matemáticos de la maximización y el

equilibrio en la teoría microeconómica.

II. 2. Defina y distinga entre la eficiencia productiva y la eficiencia de la asignación.

II.3. ¿Qué se supone que maximizan los consumidores? ¿Cuáles son algunas de las restricciones bajo las cuales ocurre esta maximización? Describa el máximo restringido del consumidor individual. ¿Puede usted caracterizar este máximo restringido como un punto donde el costo marginal se iguala al beneficio marginal?

II.4. Una pareja con hijos está pensando divorciarse y están negociando acerca de dos elementos del divorcio: el nivel de la pensión alimenticia de los hijos que se pagará al cónyuge que se quede con ellos, y la cantidad de tiempo que pasarán los hijos con cada cónyuge. Quien se quede con los hijos pediría una pensión alimenticia mayor al otro cónyuge, y más tiempo con los hijos. Además, el cónyuge que se quede con los hijos cree que, a medida que aumente el monto de la pensión, declinará el valor de más tiempo con los hijos en relación con el valor de la pensión.

a) Trace una curva de indiferencia típica para el cónyuge que se quede con los hijos, midiendo en el eje horizontal el monto de la pensión y en el eje vertical la cantidad de tiempo que pasarán los hijos con este cónyuge. ¿Es esta curva de indiferencia convexa hacia el origen? ¿Por qué sí o por qué no?

b) Supongamos que el cónyuge que se queda con los hijos tiene esta función de utilidad: $u = cv$, donde c es el monto semanal de la pensión y v es el número de días por semana que los hijos pasarán con este cónyuge. Supongamos que inicialmente el monto de la pensión semanal es $100, y que el número de días por semana que pasan los hijos con este cónyuge es de cuatro. ¿Cuál es la utilidad de ese arreglo para este cónyuge? Si el otro cónyuge desea reducir la pensión semanal a $80, ¿cuántos días más con los hijos deberá tener el cónyuge que se queda con ellos para mantener la utilidad al nivel anterior?

II. 5. Defina la elasticidad-precio de la demanda y explique los intervalos de valor que puede asumir.

II.6. Utilice la noción del costo de oportunidad para explicar por qué "no hay nada gratuito".

II.7. Cierto o falso. El costo de una semana de vacaciones es simplemente el costo en dinero del avión, la comida, etc. (Explique su respuesta.)

11.8. ¿Qué se supone que maximizan las empresas? ¿Bajo qué restricciones realizan las empresas esta maximización? Describa cómo determina la empresa individual el nivel de producción que logra ese máximo. ¿Puede caracterizar el máximo restringido de la empresa como aquel

donde el costo marginal es igual al beneficio marginal?

II.9. Caracterice las siguientes estructuras de mercado en las que puede operar una empresa: competencia perfecta, monopolio, oligopolio y competencia imperfecta. Compare el nivel de producción y el precio de la industria en una industria perfectamente competitiva con el nivel de producción y el precio de un monopolista.

II.10. ¿Cuáles condiciones deben darse para que exista un monopolio?

II.11. Supongamos que el gobierno local determina que el precio de los alimentos es demasiado elevado e impone un tope al precio de mercado de los alimentos por debajo del precio de equilibrio en esa localidad. Pronostique algunas de las consecuencias de este tope.

II. 12. Por lo general, el salario mínimo se fija por encima del salario vaciador del mercado en el mercado de mano de obra. Utilizando una gráfica con una oferta de mano de obra de pendiente ascendente, asimismo con una demanda de mano de obra de pendiente descendente, con la cantidad de mano de obra medida en el eje horizontal y la tasa salarial medida en el eje vertical, muestre el efecto de un salario mínimo que se fija por encima de la tasa salarial de equilibrio sobre el mercado de mano de obra.

II.13. Cierto o falso. En Japón los trabajadores no pueden ser despedidos una vez que son contratados; por lo tanto, una ley de salario mínimo (donde se fijara el mínimo por encima del salario que vaciaría el mercado de mano de obra) no causaría desempleo.

II. 14. A fines del siglo XX en los Estados Unidos las leyes del divorcio sin causa se convirtieron en la norma en los estados (pues la regulación de las leyes del divorcio es competencia de los estados, no del gobierno federal). Si omitimos en este problema todos los demás factores que influyen sobre la decisión de casarse y que han cambiado durante el mismo periodo, ¿cómo cambia el precio implícito (legal) del divorcio por la promulgación de estas leyes? ¿Qué pronosticaría usted acerca del efecto de este cambio en el precio implícito del divorcio sobre la calidad y la cantidad de los matrimonios? Si en el próximo decenio los estados tuvieran que rechazar el experimento del divorcio sin causa y volvieran al régimen anterior, ¿pronosticaría usted un cambio en la calidad y la cantidad de los matrimonios y divorcios?

II.15. La Ley de Sinceridad en los Préstamos [15 U.S.C. §§1601-1604 (1982)] exige que a los prestatarios se les dé a conocer en términos inteligibles la tasa de interés. Supongamos que antes de la promulgación de esta ley había incertidumbre entre los prestatarios acerca del verdadero nivel de la tasa de interés, pero que después de la promulgación se redujo esa incertidumbre. ¿Qué efecto sobre la cantidad de préstamos pronosticaría usted como resultado de la promulgación de esa ley?

¿Habría efectos desproporcionados para los pobres y los ricos? ¿Por qué? ¿Aumenta esa ley el costo marginal de los prestamistas? ¿Reduce los beneficios de los prestamistas?

II.16. ¿Qué es el equilibrio general y bajo cuáles condiciones se podría alcanzar? ¿Cuáles son las consecuencias del equilibrio general para el bienestar?

II.17. ¿Cuáles son las cuatro fuentes de la falla del mercado? Explique cómo cada una de ellas hace que los maximizadores individuales del beneficio y de la utilidad tomen decisiones que podrían ser óptimas desde el punto de vista privado, pero no desde el punto de vista social. ¿Cuáles políticas generales podrían corregir cada una de las causas de la falla del mercado?

II.18. ¿Cuáles de los siguientes bienes son bienes privados, de modo que los maximizadores de beneficios privados podrían proveerlos en cantidades socialmente óptimas? ¿Cuáles son bienes públicos, de modo que deben proveerlos el sector público o el sector privado con subsidios públicos?

a) Una alberca suficientemente grande para dar servicio a centenas de personas.
b) Un depósito de pólvora.
c) Un trasplante de corazón.
d) La vacunación contra una enfermedad muy contagiosa.
e) Un área silvestre.
f) La educación vocacional.
g) La capacitación en el trabajo.
h) La educación secundaria.

II. 19. ¿Qué significa la eficiencia de Pareto o el óptimo de Pareto? ¿Qué importancia tiene la distribución inicial de los recursos para determinar la distribución de los recursos después de que se hayan hecho todas las mejoras de Pareto?

II.20. Un recurso valioso en el que prohibimos típicamente el intercambio voluntario es el de los votos. Esto podría ser ineficiente porque, como hemos visto, dada cualquier dotación inicial de los recursos, el intercambio voluntario siempre mejora la situación de ambas partes (si no hay ninguna fuente clara de falla del mercado). Demuestre que se obtendría una mejora de Pareto si permitiéramos un mercado legal para los votos. ¿Hay algunas fuentes claras de falla del mercado en el mercado de votos? En caso afirmativo, ¿cuáles correctivos reguladores aplicaría usted a ese mercado? ¿Es molesto que exista una gran variación del ingreso y la riqueza entre quienes participan en este mercado? En caso afirmativo, ¿por qué es la variación más problemática en este mercado que en otros, y qué haría usted al

respecto en el mercado de votos?

II.21. Distinga entre el criterio de Pareto para evaluar un cambio social donde hay ganadores y perdedores y el criterio de Kaldor-Hicks (o potencial de Pareto).

II.22. ¿Qué es una estrategia dominante en un juego? Cuando los dos elementos de un juego tienen una estrategia dominante, ¿existe una solución de equilibrio para el juego? ¿Qué es un equilibrio de Nash? ¿Es un equilibrio de Nash una estrategia dominante? ¿Cuáles son las posibles deficiencias de un equilibrio de Nash en un juego?

LECTURAS RECOMENDADAS

Ariely, Dan, *Predictably Irrational, Revised and Expanded Edition: The Hidden Forces that Shape Our Decisions*, HarperCollins, Nueva York, 2010.

Eatwell, John, Murray Milgate y Peter Newman (comps.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, 4 vols., Palgrave-Macmillan, Londres y Nueva York, 1991.

Kreps, David, *A Course in Microeconomic Theory*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1990.

Landsburg, Stephen, *The Armchair Economist*, Free Press, Nueva York, 1991.

Levitt, Steven D., y Steven J. Dubner, *Freakonomics: A Rogue Economist Explains the Hidden Side of Everything*, HarperCollins, Nueva York, 2005.

Levitt, Steven D., y Steven J. Dubner, *Superfreakonomics: Global Warming, Patriotic Prostitutes, and Why Suicide Bombers Should Buy Life Insurance*, William Morrow Paperbacks, Nueva York, 2009.

Pindyk, Robert, y Daniel Rubenfeld, *Microeconomics*, 6ª ed., Prentice Hall, Nueva Jersey, 2004.

Thaler, Richard H., y Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven y Londres, 2008.

Winter, Harold, *Trade-Offs an Introduction to Economic Reasoning and Social Issues*, University of Chicago Press, Chicago, 2005.

III. INTRODUCCIÓN BREVE AL DERECHO Y LAS INSTITUCIONES LEGALES

> Viejo está usted, y sus dientes no mascan como no sea manteca rancia, ¿cómo entonces se comió usted con hueso, pico y patas, toda entera la gansa?
>
> Cuando era joven aprendí las leyes, y las cosas con mi esposa discutí; las fuerzas que ganaron mis encías, el resto de mi vida me han durado.
>
> Tomado de "Viejo está usted, padre Guillermo", en *Alicia en el país de las maravillas*, de LEWIS CARROLL

> La vida del derecho no ha sido la lógica: ha sido la experiencia. Las necesidades sentidas de la época, las teorías morales y políticas prevalecientes, las instituciones de la política pública, reconocidas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus semejantes, han tenido mucho más que ver que el silogismo en la determinación de las reglas con las que debiera gobernarse a los hombres.
>
> OLIVER WENDELL HOLMES, *The Common Law* 1, 1881

UN ECONOMISTA que lea una revista de derecho entenderá mucho más de ella que un abogado que lea una revista de economía. Por esta razón, no es difícil convencer a un abogado de que no sabe economía. (¡Es más difícil convencerlo de que debería aprender economía!) Por otra parte, a veces es difícil convencer a los economistas de que no todos los aspectos de la vida social son, en el fondo, puramente economía. Por lo que toca al derecho, los economistas se preguntan a veces qué estudian realmente los abogados: ¿es el derecho una rama de la filosofía?, ¿es una lista de casos famosos?, ¿es una colección de reglas?

En todo caso, los economistas no pueden contribuir significativamente al derecho sin estudiarlo. Por consiguiente, este capítulo ofrece una introducción al derecho para quienes no son abogados. En primer lugar, explicaremos las diferencias y las semejanzas existentes entre las dos grandes tradiciones legales que se expandieron de Europa a gran parte del mundo; en segundo lugar, explicaremos la estructura de los sistemas judiciales federal y estatal de los Estados Unidos; en tercer lugar, veremos cómo se plantea y resuelve una disputa legal en sistemas como el de los Estados Unidos, y, por último, veremos cómo han evolucionado las reglas legales elaboradas por los jueces.

1. LAS TRADICIONES DEL DERECHO CIVIL Y LAS DEL DERECHO COMÚN

Las legislaturas hacen leyes promulgando proyectos que los jueces deben interpretar y aplicar. Si la legislación es deliberadamente vaga o inadvertidamente ambigua, los jueces pueden escoger entre varias

interpretaciones diferentes. A veces la elección de una interpretación rebasa la promulgación del decreto, en cuyo caso el juez hace la ley en mayor medida que la legislatura. Los jueces hacen leyes interpretando la legislación en todos los sistemas legales con tribunales independientes.

Los jueces también hacen leyes de otras maneras. En la Europa medieval, en la mayoría de los países los reyes podían emitir pronunciamientos que eran leyes, y sus tribunales poseían facultades similares. Sin embargo, los tribunales del rey no tenían poder para declarar como ley cualquier regla que se les antojara. De acuerdo con una tradición de la teoría legal, los tribunales del rey de Inglaterra debían examinar la vida de la comunidad y "descubrir" la ley que ya existía; debían escoger entre las normas sociales y aplicar alguna de ellas. Estas normas sociales aplicables eran supuestamente las "leyes de la naturaleza", prescritas por la razón y la necesidad.

El hecho de que un tribunal del rey de Inglaterra descubriera una regla de derecho creaba un precedente que se esperaba siguieran los tribunales del futuro.[1] En el derecho común, un precedente se asemeja a una interpretación generalmente aceptada en el derecho civil. El precedente se seguía de manera flexible, no automática, de modo que el derecho cambiaba gradualmente. A lo largo de muchos años, los tribunales del rey "descubrieron" muchas leyes importantes, sobre todo en las áreas de los delitos, la propiedad, los contratos y los accidentes (*torts*, culposos). Estos descubrimientos se llaman "derecho común" porque supuestamente se basan en las prácticas comunes del pueblo. Éste todavía se aplica en los países angloparlantes, excepto cuando lo sustituye la legislación.

La historia legal es diferente en Francia y los demás países de Europa. Cuando Francia se rebeló a fines del siglo XVIII, los revolucionarios pensaban que los jueces eran tan corruptos e inútiles como el rey, de modo que mataron al rey y destruyeron sus leyes, aboliendo así el derecho común en Francia. Era necesario un amplio conjunto de estatutos para llenar el vacío resultante, a fin de que la gente supiera qué se consideraba como propiedad, cómo se realiza un contrato válido y quién debe pagar el costo de los accidentes. Napoleón proveyó tal conjunto, encargando a los juristas que redactaran las reglas llamadas el Código napoleónico, promulgado en 1804. Los juristas que lo redactaron tomaron como modelo el *Corpus Juris Civilis* ("El cuerpo del derecho civil"), que se compiló y editó entre los años 528 y 534 de nuestra era a solicitud del emperador romano Justiniano. Así pues, para elaborar el derecho, los revolucionarios franceses utilizaron fuentes antiguas y la razón pura en lugar de echar mano de la herencia más inmediata derivada de la época medieval.

Los ejércitos de Napoleón difundieron el Código napoleónico por gran parte de Europa, donde permaneció hasta mucho tiempo después de la retirada de sus tropas. De igual modo, los ejércitos de Europa difundieron su derecho por todo el mundo, y esta influencia persistió mucho tiempo después del derrumbe de los

imperios coloniales. La “tradición del derecho civil”, como se le llama, predomina en la mayor parte de Europa Occidental, América Central y América del Sur, en las partes de Asia colonizadas por países europeos distintos de Gran Bretaña, y aun en ciertos reductos del mundo del derecho común tales como Luisiana, Quebec y Puerto Rico. La tradición del derecho común, que se originó en Inglaterra, prevalece no sólo en Gran Bretaña, sino también en Irlanda, los Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y las partes de África y Asia colonizadas por Gran Bretaña, incluida la India.

Además de estas dos grandes tradiciones, la historia peculiar de cada país deja su propia huella en el derecho. Por ejemplo, Japón, que nunca fue colonizado, adoptó por voluntad propia un código basado en gran medida en el código civil alemán, sin dejar de ser distintivamente japonés. En gran parte del Medio Oriente el derecho islámico se mezcló con el derecho de los colonialistas europeos o lo desplazó. En Europa Oriental el comunismo adaptó la tradición del derecho civil a sus propios propósitos, y ahora los regímenes poscomunistas están tratando de fortalecerla.

Las tradiciones del derecho común y del derecho civil difieren considerablemente en lo tocante a la justificación del derecho elaborado por los jueces. Por tradición, los jueces del derecho común justifican sus descubrimientos del derecho haciendo referencia al precedente y a las normas sociales, o a los requerimientos amplios de la racionalidad que la política pública presupone. Por tradición, los jueces del derecho civil justifican su interpretación de un código directamente haciendo referencia a su intención, la que los juristas escudriñan en extensos comentarios. La diferencia del patrón de la justificación afecta la capacitación de los abogados. El método del derecho común se enseña mediante la lectura de casos particulares y argumentación directamente basada en ellos, mientras que el método del derecho civil se enseña mediante la lectura del código y la argumentación basada en sus comentarios.

Sin embargo, todas estas generalizaciones acerca de la diferencia existente entre las dos tradiciones parecen simplistas ante la sutileza y la complejidad de la realidad. Por ejemplo, aunque los Estados Unidos son ostensiblemente un país de derecho común, los estados de la unión han tratado de imponer una uniformidad mayor al derecho comercial promulgando el Uniform Commercial Code. En los Estados Unidos la decisión de disputas en los términos del Uniform Commercial Code tiene muchas semejanzas con la decisión de las disputas en los términos del código civil francés. Además, el Instituto Estadunidense del Derecho, una organización fundada en la década de 1920, se reúne periódicamente para modificar el derecho de acuerdo con las orientaciones que están surgiendo en los diversos estados. Estas modificaciones, tales como la Restatement (Second) of Contracts y la Restatement (Second) of Torts, desempeñan una función similar a la de los códigos que se consideran característicos de los países de derecho civil. Los juristas del derecho comparativo

se involucran en grandes debates respecto si las diferencias existentes entre el derecho civil y el derecho común son más aparentes que reales.

Además de las diferencias históricas existentes entre el derecho común y el derecho civil, las leyes se aplican de modo diferente en las dos tradiciones. En los países de derecho común, los abogados de las dos partes en disputa son los únicos que formulan argumentaciones y no se espera que el juez dirija una línea de cuestionamiento o desarrolle un argumento. En este proceso de adversarios, el juez actúa más o menos como un árbitro neutral que obliga a los abogados a seguir las reglas del procedimiento y de la prueba. El principio en que se basa el sistema de adversarios es que la verdad surgirá de un vigoroso debate entre las dos partes.

En cambio, el juez del derecho civil asume un papel activo en la formulación de preguntas y el desarrollo de argumentos. En este proceso inquisitorial se supone que el juez debe encontrar la verdad. Los abogados a menudo deben responder al juez, en lugar de desarrollar ellos mismos el caso. El principio en que se basa el sistema inquisitorial es que el tribunal tiene un interés directo en el descubrimiento de la verdad en lo tocante a disputas privadas o a delitos.

Otra diferencia entre los dos sistemas se relaciona con el uso de jurados. Los jurados se utilizan más en el sistema del derecho común. En los Estados Unidos cualquiera de las partes de una disputa tiene, por lo general, derecho a un juicio de jurados, aunque a veces ambas partes renuncian a este derecho y permiten que el juez decida tanto las cuestiones de hecho como las de derecho. En Inglaterra desde 1966 quedó abolido el jurado en casi todos los juicios civiles,[2] pero a menudo se utiliza en los juicios penales. (Adviértase el uso diferente de la palabra "civil" en la oración precedente.)[3] En Francia, en cambio, se ha abolido el jurado en todos los juicios, excepto para los delitos más graves como el homicidio. En general, la abolición de los jurados está más avanzada en Europa continental que en algunos países de derecho común. En un juicio de derecho común ante un jurado, se supone que el juez decide las cuestiones del derecho, mientras que el jurado debe decidir las cuestiones de hecho.

En todos los sistemas legales las leyes forman una jerarquía. La Constitución tiene prioridad sobre los estatutos, y los estatutos tienen prioridad sobre las reglas que expiden las oficinas ejecutivas o gubernamentales. En los países de derecho común, los estatutos tienen prioridad sobre tal derecho. "Tener prioridad" significa que la ley superior prevalece en caso de conflicto. Los tribunales, como intérpretes principales de la ley, deben decidir si hay un conflicto de leyes. Hemos explicado que los jueces hacen las leyes indirectamente interpretando los estatutos o los códigos. También pueden hacerlas descubriendo un conflicto entre leyes y haciendo a un lado la ley de menor nivel. Por último, los jueces hacen el derecho común directamente en los países que conservan el sistema de derecho común: un proceso que explicaremos más adelante en este capítulo.

Las constituciones son inevitablemente generales y vagas, de modo que su interpretación es especialmente problemática. La facultad de revisar la constitucionalidad de una legislación otorga a los tribunales, en principio, el poder de hacer a un lado las leyes promulgadas por la legislatura. Este poder es potencialmente peligroso porque pone a los jueces en conflicto con los representantes elegidos de la nación. La medida del ejercicio de este poder varía grandemente de un país a otro. En los Estados Unidos los tribunales federales tienen pocas limitaciones a su capacidad para desatender las leyes que, en la opinión de los propios tribunales, contradicen la Constitución. Algunas de las leyes más profundas de los Estados Unidos han sido hechas por los tribunales que interpretaban la Constitución, como en Brown *vs*. Board of Education en 1954, cuya decisión terminó finalmente con las leyes que imponían la segregación racial de las escuelas. En otros países, como en Gran Bretaña, los tribunales no tienen la facultad de revisar la constitucionalidad de los estatutos, y nunca anulan una legislación por inconstitucional. El alcance de la revisión constitucional, que es fundamental para el poder y el prestigio de los tribunales, no tiene ninguna conexión necesaria con el hecho de que la tradición legal del país sea el derecho común o el derecho civil.

2. Instituciones del sistema judicial federal y del sistema judicial estatal de los Estados Unidos

En los Estados Unidos, a nivel estatal y a nivel federal, los sistemas judiciales se organizan en tres estratos, los cuales constituyen una pirámide jerárquica que tiene una base muy amplia de muchos tribunales, un nivel intermedio con un número menor de tribunales y un solo tribunal en la cima de la pirámide. En el nivel más bajo se encuentran los tribunales de instrucción (o de primera instancia) de jurisdicción general. Éstos son los tribunales "de entrada" donde se litiga primero un amplio conjunto de disputas civiles y penales. Los tribunales de instrucción de jurisdicción general son "tribunales de registro", es decir, el gobierno escribe las diligencias y las guarda. En los sistemas estatales estos tribunales se organizan de ordinario por condados. Por ejemplo, en el estado de Illinois hay 102 condados, y cada uno tiene un "tribunal de circuito" que opera como tribunal de instrucción de jurisdicción general dentro del condado. Estos tribunales de instrucción tienen nombres distintos en diferentes estados: en California se llaman "tribunales superiores"; en el estado de Nueva York se llaman "tribunales supremos". La práctica casi universal es que cada juicio civil y penal se presenta ante un solo juez y posiblemente ante un jurado.

En el sistema federal todo el país se divide en 94 distritos judiciales, cada uno de los cuales tiene un tribunal de distrito federal, que es el tribunal de instrucción de jurisdicción general del poder judicial federal. Cada estado de la Unión tiene por lo menos un tribunal de distrito federal, y cerca de la mitad tienen sólo uno. El Distrito de Columbia tiene su propio tribunal de distrito. Los

estados más grandes, donde se presenta un número mayor de disputas que implican cuestiones federales, tienen hasta cuatro tribunales de distrito, de ordinario organizados de acuerdo con las divisiones geográficas del estado. Nueva York tiene cuatro distritos: el del norte, el del sur, el del este y el del oeste. Illinois tiene tres distritos federales: el del norte, el del centro y el del sur. A medida que ha crecido el volumen de la litigación federal, el Congreso no ha respondido creando más distritos, sino designando más jueces dentro de cada distrito. Uno de los distritos más atareados es el Distrito del Sur de Nueva York, que alberga a la mayor parte de la ciudad de Nueva York. Desde 2010 había 44 jueces en ese distrito (y 15 jueces magistrados).[4] Otro distrito atareado, el Distrito del Norte de Illinois, tiene 32 jueces (y 14 jueces magistrados).[5] El procedimiento habitual en los distritos federales es que un solo juez atiende cada caso, pero a veces lo hace un panel de tres jueces.

Además, el sistema judicial federal incluye varios tribunales especializados. Por ejemplo, hay tribunales fiscales especiales, y las oficinas administrativas federales, tales como la Comisión Federal de Comunicaciones, tienen jueces de derecho administrativo que atienden disputas relacionadas con las actividades de tales dependencias. Como veremos más adelante, también hay un tribunal especial de apelación en el sistema federal que se ocupa de las controversias sobre propiedad intelectual.[6]

Por encima de los tribunales de instrucción del sistema estatal y del sistema federal se encuentran los tribunales de apelación. En la mayoría de los sistemas judiciales estatales hay sólo un tribunal de apelación, pero cerca de la tercera parte de los estados y todos los distritos federales tienen tribunales de apelación intermedios que se ubican entre los tribunales de instrucción de jurisdicción general y el tribunal superior o tribunal de última instancia. Por ejemplo, en Illinois hay cinco tribunales de apelación intermedios con un total de poco más de 50 jueces. Allí donde existen estos tribunales, las partes que litigan en el tribunal de instrucción pueden apelar su decisión "por derecho", lo cual significa que, con la condición de que estén dispuestas a pagar los costos respectivos, las partes siempre podrán pedir que se revise la sentencia del tribunal inferior. La apelación es también un derecho en el sistema federal, por lo menos desde los tribunales de distrito hasta los tribunales de apelación intermedios.

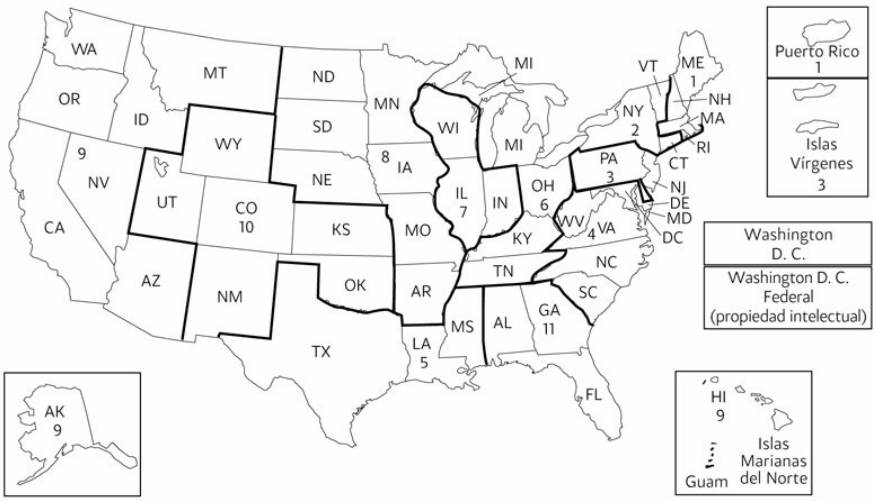
Aunque cualquiera de las partes podría tener derecho a apelar el fallo de los tribunales de instrucción de jurisdicción general, las cosas podrían cambiar si cualquiera de las partes desea apelar el fallo de un tribunal de apelación intermedio. Tanto en el poder judicial estatal como en el federal, el tribunal de apelación superior tiene por lo general una facultad de revisión discrecional. Lo anterior significa que el Tribunal Supremo de Illinois, la Suprema Corte de los Estados Unidos y todos los demás tribunales de última instancia tendrán la posibilidad de seleccionar los casos que revisarán dentro de ciertos límites. Algunos casos —por ejemplo, las disputas entre dos estados— llegan

directamente a la Suprema Corte de los Estados Unidos y sin la discreción de los magistrados. Y en muchos estados el tribunal supremo está obligado a revisar las sentencias de muerte. Por lo tanto, la Suprema Corte de los Estados Unidos y los tribunales más altos de los estados controlan la mayor parte de su agenda, pero no toda.

Un tribunal de apelación intermedio en el poder judicial federal recibe el nombre de "Tribunal de Apelación del Circuito". Hay 13 de estos circuitos, como se indica en la figura III.1. Once de estos tribunales de apelación están numerados; por ejemplo, el Primer Circuito está en Nueva Inglaterra; el Séptimo Circuito cubre a Indiana, Illinois y Wisconsin, y el Noveno Circuito cubre la Costa Oeste, algunos de los estados montañosos, Alaska y Hawai. El Distrito de Columbia constituye su propio circuito y también tiene su propio tribunal de distrito. Todos los demás circuitos incluyen varios estados. Un litigante que pierda en el tribunal federal de distrito puede llevar su caso, como una cuestión de derecho, al tribunal de apelación. Por lo general, esos tribunales tienen un panel de tres jueces. A veces, para un caso particularmente importante, todos los jueces del circuito se reúnen para decidir el caso. Se dice entonces que el tribunal actúa en banca o "en banco". Cuando más de un juez conoce de un caso, el asunto se decide por mayoría de votos.

Hay también un tribunal de apelación intermedio especial en el sistema federal, dedicado únicamente a decidir en controversias relacionadas con la propiedad intelectual: el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Circuito Federal. El Congreso creó este tribunal en 1982, y es el único tribunal de apelación de los Estados Unidos definido por su jurisdicción temática en lugar de por la geográfica. El Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Circuito Federal asumió la jurisdicción del Tribunal de Apelación de Aduanas y Patentes de los Estados Unidos y la jurisdicción de apelación del Tribunal de Reclamaciones de los Estados Unidos. Hay 15 jueces en el Circuito Federal.

FIGURA III.1. *Tribunales de apelación y tribunales de distrito de los Estados Unidos*



La Suprema Corte de los Estados Unidos es el tribunal más alto del poder judicial federal. Ese tribunal tiene nueve miembros: el presidente y ocho magistrados asociados. Los magistrados deciden cada caso actuando en conjunto, en lugar de un panel. La Corte inicia sus trabajos el primer lunes de octubre y los concluye durante junio del año siguiente. La carga de trabajo de la Suprema Corte aumentó significativamente hasta la década de 1980; después de esa fecha ha disminuido considerablemente el número de fallos. Típicamente, los magistrados fallan menos de 10% de los casos que se les presentan para su revisión. Hay una disputa enconada acerca de si esta cifra es demasiado grande o demasiado pequeña. En el pasado reciente algunos comentaristas han instado al Congreso para que establezca un tribunal nacional de apelación entre los tribunales de apelación y la Suprema Corte. Se argumenta que este tribunal nacional podría encargarse de las apelaciones más rutinarias provenientes de los 13 circuitos (por ejemplo, aquellas donde haya una división entre los circuitos, lo que significa que algunos circuitos dicen que la ley actúa de cierto modo mientras que otros circuitos dicen lo contrario). Los que proponen esta posición afirman que esto liberaría a la Suprema Corte para que dedicara más energías a los casos verdaderamente importantes.

Por último, hay reglas que especifican si una disputa deberá resolverse en el sistema judicial estatal o en el federal.[7] A menudo esto es un asunto de gran importancia estratégica para el manejo de un caso por parte de los abogados. Las reglas generales para decidir la jurisdicción son relativamente claras. Los tribunales estatales tienen jurisdicción en las disputas que impliquen estatutos estatales o en las acciones civiles entre residentes de ese estado o en los casos que surjan bajo la ley federal cuando el Congreso no haya otorgado una jurisdicción exclusiva a los tribunales federales.

El Congreso define la jurisdicción de los tribunales federales ejerciendo las facultades que le asigna la Constitución. Esa jurisdicción se limita a tres áreas principales:

1. Las cuestiones federales, es decir, los asuntos relacionados con la Constitución de los Estados Unidos o con las leyes o los tratados federales.[8]
2. Los casos en los que los Estados Unidos es una de las partes. Típicamente, éstos son casos penales en los términos del derecho estatutario federal.
3. Los casos de diversidad; toda disputa civil por más de 75 000 dólares entre ciudadanos de estados diferentes. A fines del siglo XVIII, el Congreso permitió que estas disputas pasaran de los tribunales estatales a los federales porque temía que las lealtades estatales fuesen tan fuertes que el ciudadano de otro estado pudiera perder en un tribunal estatal, independientemente de los méritos de su posición, tan sólo por ser un "extranjero".[9]

Cuando un tribunal de distrito federal conoce de una disputa de diversidad que no implique una cuestión federal, el tribunal aplicará generalmente la ley del estado donde se encuentre. En la actualidad, la diversidad de la ciudadanía ya no es una razón tan poderosa como hace 200 años para que los tribunales federales asuman la jurisdicción. En efecto, el magistrado Burger, ex presidente de la Suprema Corte, ha pedido al Congreso que aligere la carga de trabajo del poder judicial federal eliminando por completo los casos de diversidad de la jurisdicción federal.[10]

Por lo que toca a la selección y la permanencia de los jueces, hay dos prácticas generales. Para los jueces federales, la regla es que el presidente de los Estados Unidos los designa con el consejo y consentimiento del Senado para una permanencia de por vida; sólo pueden ser removidos mediante una impugnación de la Cámara de Representantes y una condena del Senado. Para los jueces estatales, en la mayoría de los estados la regla es la elección popular y la permanencia limitada. En los demás estados el poder judicial estatal es designado por el poder ejecutivo y aprobado por la legislatura para periodos variables, pero fijos.

3. Naturaleza de una disputa legal

Surge una disputa legal cuando alguien afirma que otro le ha causado un daño. Es posible que la víctima y el victimario puedan resolver entre ellos la disputa, pero a veces no lo pueden hacer. La persona que se siente dañada podría creer que tiene causa de acción, es decir, una reclamación legal válida contra otra persona u organización. Para hacer valer esa acción plantea una demanda, por lo

que se le llama demandante. La demanda debe enunciar lo que ha ocurrido, por qué cree el demandante que ha sido dañado, cuál área del derecho está implicada, cuál estatuto o ley de otra naturaleza es relevante, cuál reparación desea que le otorgue el tribunal. La demanda y el manejo de los aspectos subsecuentes de la controversia son asuntos complicados; por lo general, los ciudadanos comunes contratan los servicios de un abogado, quien suele tener mucha más experiencia en estas cuestiones, para que los auxilien en todo esto.[11]

La persona de quien se dice que ha dañado a la víctima o demandante se llama demandado y debe contestar la demanda. La contestación no entra en detalles acerca de lo que se discute; más bien, es una enunciación breve de lo que el demandado intenta argüir en detalle si el asunto va a juicio. Por ejemplo, la contestación podría decir que los hechos alegados son ciertos pero el demandado no es legalmente responsable de la desdicha del demandante. En sentido figurado, esta forma de contestación dice: "¿Y a mí qué?" O bien, la contestación podría decir que los hechos alegados en la demanda son incorrectos y que, en cuanto se conozcan los hechos verdaderos, se verá que el demandado es inocente de toda mala acción.

La disputa podría terminar en este punto. Por ejemplo, las partes podrían decidir no ir a juicio. Podrían simplemente abandonar el asunto o arreglar su disputa, es decir, llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio entre ellos para resolver así el asunto. Si el caso no se resuelve o no se abandona, un juez debe decidir, con base en la demanda y la contestación, si hay razón suficiente para proseguir al juicio. El juez podría decidir que el demandante no ha enunciado una causa válida para la acción, o que el demandado ha dado una contestación completa y convincente a la demanda. En tal caso, el juez podría descartar la demanda o pronunciar un fallo sumario en favor del demandado. Por lo general permitirá que las partes prosigan al juicio. Las partes bien pueden apelar contra un fallo sumario o un rechazo.

Si la disputa va a juicio, podría formarse un jurado para que determine los hechos, o bien un juez conocerá del caso sin el auxilio de un jurado; esta última situación se denomina juicio de banca. Cada una de las partes presentará pruebas y testimonios que apoyen sus declaraciones y, posteriormente, el jurado o el juez se retirarán para determinar quién gana.[12] El criterio que utilizará el jurado o el juez para hacer esta determinación será el de la preponderancia de las pruebas. Eso significa, simplemente, que si los argumentos del demandante son más creíbles que los del demandado, el demandante gana; si los argumentos del demandado son más creíbles, el demandado gana. Algunos dicen que el criterio de la preponderancia de las pruebas significa que si la historia del demandante es 51% creíble, él gana. Adviértase que este criterio, que es tradicional en los casos que involucran a partes privadas como litigantes, es diferente del criterio utilizado en los juicios penales. En estos últimos, el fiscal debe convencer al jurado de que el acusado es culpable más allá de una duda razonable; este

criterio es mucho más exigente que el de la preponderancia de las pruebas.

Los tribunales pueden establecer, y lo han hecho, otros criterios que prevalezcan en las controversias del derecho privado. Por ejemplo, algunas jurisdicciones han creado un criterio de prueba clara y convincente para algunos aspectos de un caso civil, como la indemnización de daños y perjuicios. Nadie puede estar del todo seguro de lo que implica este criterio, pero en efecto es más exigente que la norma de la preponderancia de las pruebas y menos exigente que la norma de más allá de una duda razonable del derecho penal.

El jurado retorna con un veredicto, el que dice simplemente cuál de las partes gana. Pero el veredicto no es el final del asunto. El juez debe emitir un juicio sobre el veredicto. Es el juicio, no el veredicto, el que controla la acción del tribunal. En la mayoría de los casos, el juez emite un juicio que corresponde exactamente al veredicto del jurado. Pero en algunos casos raros el juez decide que el jurado se ha equivocado y emite un juicio *non obstante verdicto* o *j.n.o.v.* (un juicio a pesar del veredicto), donde se decide exactamente lo contrario que el veredicto.

En una disputa civil cualquiera de las partes, el ganador o el perdedor, puede apelar el fallo del tribunal. El ganador puede apelar porque cree que no ha recibido todo lo que le corresponde; el perdedor puede apelar por la razón obvia de que cree que debería haber ganado. Es interesante observar que la justificación de la apelación debe radicar en que el tribunal inferior cometió un error acerca del derecho relevante, incluidos el principio general relevante aplicado y los procedimientos que se utilizaron en el tribunal, pero no acerca de los hechos. Por ejemplo, el apelante (la parte que hace la apelación) puede alegar que el juez dio al jurado instrucciones impropias acerca de lo que era el derecho relevante o acerca de los hechos que el jurado podría o no considerar, o que el juez excluyó indebidamente alguna prueba o algún testimonio de la consideración del jurado.

En el nivel de apelación no se presentarán nuevas pruebas o nuevos hechos. El tribunal de apelación toma como dados los hechos presentados en el tribunal de instrucción. Ante el panel de apelación sólo aparecerán los abogados del apelante y de su contraparte. Los abogados presentarán sus alegatos por escrito y luego comparecerán ante el panel para hacer una argumentación verbal durante la cual pueden ser sometidos a detallados cuestionamientos sobre el asunto que se discute. También pueden presentar alegatos las partes llamadas *amici curiae* (amigos del tribunal), las cuales no están involucradas directamente en la disputa legal, pero creen que la cuestión legal implicada afecta sus intereses en tal medida que les gustaría que el tribunal considerara sus argumentos, además de los argumentos del apelante y su contraparte.

El panel de apelación se retira para considerar el asunto y más tarde emitirá su opinión. Los jueces pueden llegar a un acuerdo unánime y emitir una sola opinión. Pero también puede haber una división en el panel, lo que se traduciría

en la emisión de varias opiniones: una opinión mayoritaria y una opinión minoritaria o disidente. El panel de apelación podría confirmar el fallo del tribunal inferior o revocar ese fallo. En algunos casos, el panel reenvía el expediente (es decir, lo devuelve) al tribunal inferior para que se ejecute una acción correctiva específica, tal como una revaluación de los daños que deben pagarse al demandante.

4. Evolución de las reglas legales

Consideremos una secuencia de casos particulares a fin de aplicar las ideas precedentes y mostrar cómo evoluciona el derecho. Los tres casos provienen de Inglaterra y se refieren al derecho de los delitos culposos *(tort laws)* que cubre los accidentes.

Butterfield vs. *Forrester*
11 *East 60 (K.B., 1809)*[13]

Ésta fue una acción ejercitada[14] en el juicio por obstrucción de una carretera. Debido a la obstrucción, el demandante [Butterfield], quien cabalgaba por la carretera, se cayó junto con su caballo, se lesionó, etc. En el juicio instruido por Bayley, J.,[15] en Derby, se puso en claro que el demandado [Forrester], a fin de hacer ciertas reparaciones a su casa, cercana al camino en un extremo del pueblo, había colocado un poste en el camino, dejando un paso libre por otra calle en la misma dirección. Que el demandante salió de una taberna no muy distante del lugar en cuestión, a las ocho horas de una noche de agosto, cuando se empezaba a encender el alumbrado público, pero cuando todavía había suficiente claridad para discernir la obstrucción más o menos a 100 metros de distancia; y el testigo que probó esto dijo que, si el demandante no hubiese venido corriendo a gran velocidad, habría podido observar el obstáculo y evitarlo; pero el demandante, que en efecto corría a gran velocidad, no lo observó y chocó con él, cayendo junto con su caballo y lesionándose gravemente a causa del accidente; no había ninguna prueba de que se encontrara borracho en ese momento. Basado en estas pruebas, Bayley, J., instruyó al jurado en el sentido de que si una persona que cabalgara con cuidado razonable y ordinario podría haber visto y evitado la obstrucción, y que si los miembros del jurado creían que el demandante iba corriendo por la calle a gran velocidad, y sin el cuidado ordinario, deberían fallar en favor del demandado, lo que en efecto hicieron.

PREGUNTA III.1

1. ¿Quién es el demandante? ¿Qué le está pidiendo al tribunal?

2. ¿Está involucrado algún estatuto en esta disputa?
3. ¿Quién ganó?
4. ¿Se pidió al jurado que determinara los hechos o el derecho? ¿Cómo se estableció el derecho?

Cuando se juzgó este caso, el derecho inglés aceptaba el principio establecido de que un demandado cuya negligencia causara daños al demandante sería considerado responsable. En consecuencia, el juez instruyó al jurado en el sentido de que el demandado debería ser considerado responsable si pudo haber evitado el accidente tomando precauciones "razonables". Este caso presentaba un aspecto novedoso: supongamos que el demandado fue negligente, pero supongamos además que la víctima también fue negligente. ¿Debería declararse a la parte demandada responsable de los daños de la víctima? Veamos un extracto de la opinión del juez en esta apelación.

Lord Ellenborough, C.J.

Una de las partes no debe arrojarse sobre una obstrucción causada por la falta de otro, y justificarse con ello, si ella misma no utilizó una precaución común y ordinaria para estar en ese derecho. En el caso de las personas que cabalguen por lo que se considera el lado errado del camino, eso no autorizaría a otro para echárseles por encima deliberadamente. El hecho de que una persona se equivoque no dispensará a otra de la obligación de actuar con un cuidado ordinario. Dos cosas deben concurrir para sostener esta acción: una obstrucción en el camino por culpa del demandado, y la actuación del demandante con el cuidado ordinario para evitarla [...] La negligencia contributiva elimina por completo el derecho de reclamar el pago de daños.

PREGUNTA III.2

1. ¿Quién apeló el fallo?
2. ¿Quién ganó la apelación?
3. ¿Qué falló el juez?

Cuando el precedente no ofrece una regla clara para resolver una disputa, los jueces deberán crear una. Las disputas novedosas son la ocasión propicia para alterar el derecho hecho por los jueces. Lord Ellenborough creó un nuevo precedente en este caso. ¿Cuál es la extensión del nuevo precedente? Bajo una interpretación estrecha, el juez sostuvo que los jinetes no pueden obtener la reparación de los daños monetarios causados por sus lesiones, de un demandado negligente, si no cabalgan con el cuidado ordinario, y esta falta de cuidado

contribuye al accidente. Esta interpretación estrecha dice que la regla se aplica sólo a accidentes como el de ese caso particular. En efecto, el ejemplo de lord Ellenborough, de un jinete que cabalga por el lado equivocado del camino y choca con otro jinete que cabalga por el lado correcto, parecería apoyar esta interpretación estrecha. Pero es posible una interpretación más amplia del fallo del tribunal, y en efecto llegó a ser la interpretación común. Bajo una interpretación amplia del fallo, lord Ellenborough sostuvo que ningún demandante podrá obtener el pago de la reparación del daño cuando su propia negligencia contribuya a sus lesiones (aunque el demandado haya sido negligente). Ésta fue la nueva ley.

Cerca de 30 años más tarde ocurrió otro caso con hechos similares.

Davies vs. *Mann*
*10 M. & W. 545 (Ex., 1842)**

En el juicio, presidido por Erskine, J., se puso en claro que el demandante amarró las patas delanteras de un burro de su propiedad y lo colocó en una carretera pública; cuando el burro estaba pastando al lado de un camino de unos ocho metros de ancho, la carreta del demandado, tirada por tres caballos, bajaba por una pequeña pendiente con cierta rapidez en opinión del testigo, de modo que arrolló al burro y las ruedas del carro le pasaron por encima causándole la muerte [...] El ilustrado juez dijo al jurado que [...] si creía que el accidente podía haberse evitado si el conductor hubiera obrado con un cuidado ordinario, fallara en favor del demandante. El jurado dictó su veredicto en favor del demandante [...] Godson buscó un nuevo juicio, alegando instrucciones erróneas al jurado. [Es decir, el abogado del demandado apeló el fallo alegando que el juez instruyó incorrectamente al jurado acerca de la ley que debía aplicarse a los hechos de este caso.] El acto del demandante al colocar el burro en la carretera pública fue un acto ilegal, y dado que el daño derivó principalmente de ese acto, el demandante no tenía derecho a ninguna reparación de ese daño, el que jamás habría ocurrido si no hubiese existido su propio acto ilegal [...] El principio de derecho, según puede deducirse de los casos particulares, es que, cuando el accidente es el resultado de faltas de ambas partes, ninguna de ellas puede ejercitar una acción. Así, en Butterfield vs. Forrester, 11 East 60, se sostuvo que quien sea dañado por una obstrucción en una carretera, a causa de la parte que choque, no podrá ejercitar una acción si se demuestra que venía cabalgando con gran violencia y sin el cuidado ordinario, y que de otro modo hubiera visto y eludido la obstrucción.

Lord Abinger, C.B. Dado que el demandado podría haber evitado lesionar al animal si hubiere obrado con el cuidado debido, y no lo hizo, es responsable de las consecuencias de su negligencia, aunque el animal haya

estado indebidamente allí.

Parke, B. [...] La negligencia que impide que un demandante obtenga la reparación del daño en una acción de esta naturaleza debe ser tal que el demandante podría, mediante el cuidado ordinario, haber evitado las consecuencias de la negligencia del demandado [...] Aunque el burro pudo haber estado indebidamente allí, el demandado estaba obligado a ir por el camino a una velocidad tal que tuviera una probabilidad de impedir el daño. De otro modo, un hombre podría justificar el atropellar los bienes dejados en una carretera pública, o incluso un hombre que estuviera dormido allí, o el atropello deliberado de un vehículo que avanzara por el lado errado del camino [...]

[Se negó el nuevo juicio.]

PREGUNTA III.3

1. ¿Quién apeló el fallo?
2. ¿Quién ganó la apelación?
3. ¿Cuál es el fallo del juez? En realidad, hay tres opiniones. ¿Están ellas de acuerdo?

Un demandante ha sufrido una pérdida: su burro fue muerto supuestamente porque el demandado estaba conduciendo una carreta a velocidad excesiva para las condiciones del camino. Sin embargo, el propio demandante fue negligente por haber dejado su burro sin atención, aunque amarrado, al lado de un camino público. Aplicando estrictamente la regla de Butterfield, la falta o negligencia del demandante contribuyó a sus daños, lo que debería invalidar su derecho a la reparación del daño. Eso es precisamente lo que argumentó el abogado de Mann al apelar el fallo en favor del demandante en el tribunal inferior. Pero en el juicio, el jurado sostuvo que los hechos de Davies *vs*. Mann podían distinguirse de los hechos anteriores en los que un demandante contributivamente negligente no tuvo derecho a la reparación del daño por parte de un demandado negligente. Parece que hay dos razones para excusar la negligencia del demandante en las opiniones de lord Abinger y el barón Parke. Primero, tenemos el elemento del tiempo. Aunque el demandante fue negligente al dejar el burro sin atención en la carretera pública, la negligencia del demandado surgió después. Y si el demandado no hubiese venido conduciendo imprudentemente, habría tenido tiempo para evitar el burro o desviarse, aunque el burro no debía estar desatendido allí. Aparentemente, la negligencia del demandado surgió después y ello determinó el resultado. Esta doctrina ha llegado a ser conocida como la regla de la "última oportunidad clara": si ambas partes de un accidente son negligentes, la parte que haya tenido la última oportunidad clara de evitar el accidente será responsable de los daños causados por el accidente.

El segundo argumento para excusar la negligencia del demandante es el deseo

de estimular las precauciones futuras por parte de las personas que se encuentran en una situación similar a la del demandado. El barón Parke expresa muy bien este punto: "Aunque el burro pudo haber estado indebidamente allí, el demandado estaba obligado a ir por el camino a una velocidad tal que tuviera una probabilidad de impedir el daño. De otro modo, un hombre podría justificar el atropellar bienes dejados en una carretera pública, o incluso a un hombre que estuviera dormido allí, o el atropello deliberado de un vehículo que avanzara por el lado errado del camino". Esta interpretación del derecho sugiere que las reglas deben crear incentivos para evitar los accidentes.

Adviértase que Davies *vs*. Mann cambia la ley aplicada en Butterfield *vs*. Forrester. Los jueces que enfrentaban una situación nueva enmendaron la regla general del caso anterior: la negligencia contributiva elimina por completo la indemnización. Podemos decir que, después de Davies *vs*. Mann, la regla legal pasó a ser:

> La negligencia contributiva elimina por completo el derecho a la reparación del daño, a menos que el demandado haya tenido la última oportunidad clara de evitar el accidente y no la haya aprovechado.

La doctrina de la "última oportunidad clara" fue rápidamente adoptada por todo el mundo del derecho común.[16]

Conclusión

En resumen: hemos comparado las dos grandes tradiciones legales: el derecho civil y el derecho común. Examinamos la estructura jerárquica de los tribunales estadunidenses. Vimos algunas de las características generales de una disputa legal: un demandante que alega que ha sido perjudicado por un demandado y busca la ayuda de los tribunales para obtener una compensación. Conocimos algunos de los métodos que utilizan los jueces para resolver controversias novedosas. Por último, observamos la evolución de la doctrina de la negligencia contributiva tal como se ha desarrollado en los tribunales. Este capítulo ofrece a una breve introducción selectiva a algunos de los hechos básicos del derecho, los que analizaremos en el resto del libro por medio del análisis económico.

Lecturas recomendadas

Berman, Harold J., y William R. Greiner, *The Nature and Functions of Law*, 4ª ed., Foundation Press, Nueva York, 1980.

Cardozo, Benjamin, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1921.

Eisenberg, Melvin A., *The Nature of the Common Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1989.

Franklin, Marc A., *The Biography of a Legal Dispute: An Introduction to American Civil Procedure*, Foundation Press, Nueva York, 1968.

Levi, Edward H., *An Introduction to Legal Reasoning*, The University of Chicago Press, Chicago, 1949.

Merryman, John H., *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2ª ed., Stanford University Press, Stanford, 1985 [La *tradición jurídica romano-canónica*, 3ª ed., FCE, México, 2004].

IV. TEORÍA ECONÓMICA DE LA PROPIEDAD

> No hay nada que avive de modo tan general la imaginación y encienda las pasiones de la humanidad como el derecho de propiedad; o sea, ese dominio único y despótico que un hombre reclama y ejerce sobre las cosas externas del mundo, en una total exclusión del derecho de cualquier otro individuo del universo.
>
> WILLIAM BLACKSTONE,
> *Commentaries on the Laws of England*, 1765-1769

> En la tribu africana de los barotse, "el derecho de propiedad no define tanto los derechos de las personas sobre cosas como las obligaciones entre personas en relación con las cosas".
>
> MAX GLUCKMAN, *Ideas in Barotse Jurisprudence*, 1965

> Los comunistas pueden resumir su teoría en una fórmula: abolición de la propiedad privada.
>
> KARL MARX y FRIEDRICH ENGELS,
> *El manifiesto comunista*, 1848

EL DERECHO de propiedad provee el marco legal para la asignación de los recursos y la distribución de la riqueza. Como lo indican las contrastantes citas anteriores, los individuos y las sociedades difieren sustancialmente acerca de la manera en que se deberían asignar los recursos y distribuir la riqueza. Blackstone consideraba que la propiedad le ofrecía al propietario un control completo sobre los recursos y que tal libertad de control de las cosas materiales era "el guardián de los derechos de todos los demás". Gluckman descubrió que en la tribu de los barotse la propiedad le otorgaba al propietario una responsabilidad, no la libertad. Por ejemplo, los barotse creen que las personas ricas son responsables de contribuir la prosperidad de sus semejantes. Por último, Marx y Engels consideraban la propiedad como la institución mediante la cual unos cuantos esclavizaban a muchos.

Los filósofos clásicos trataron de resolver estas profundas disputas sobre la organización social explicando lo que realmente es la propiedad. En el apéndice de este capítulo se ofrecen algunos ejemplos de las teorías filosóficas, tal como la teoría de que la propiedad es una expectativa (Bentham), el objeto de una distribución justa (Aristóteles), un medio de autoexpresión (Hegel) o el fundamento de la libertad en la vida comunitaria (Burke). En lugar de tratar de explicar lo que realmente es la propiedad, una teoría económica trata de predecir los efectos de formas alternativas de propiedad, especialmente los efectos sobre la eficiencia y la distribución. Formularemos esas predicciones acerca de las reglas y las instituciones alternativas de la propiedad.

He aquí algunos ejemplos de los problemas que abordan las reglas y las instituciones de la propiedad:

EJEMPLO 1

"Esta mañana nació una mula en una remota pradera de Wyoming. ¿A quién pertenece la mula? "[1] ¿Pertenece la mula *1)* al propietario de la madre de la mula, *2)* a la compañía maderera que ha rentado la tierra en la que estaba pastando la mula, o *3)* al gobierno federal porque el inmueble es un bosque nacional?

EJEMPLO 2

Orbitcom, Inc., gastó 125 millones de dólares en el diseño, lanzamiento y mantenimiento de un satélite para transmitir datos comerciales entre Europa y los Estados Unidos. El satélite está ubicado en una órbita geosincrónica a 40 kilómetros por encima del océano Atlántico.[2] Recientemente un satélite de monitoreo de recursos naturales perteneciente a la Windsong Corporation se ha ubicado tan cerca del satélite de Orbitcom que las transmisiones de esta compañía entre Europa y los Estados Unidos se han vuelto poco confiables. En consecuencia, Orbitcom ha perdido clientes y ha demandado a Windsong por violar el derecho de Orbitcom a su órbita satelital geosincrónica.

EJEMPLO 3

Foster inspecciona una casa en construcción en un nuevo fraccionamiento al norte del pueblo y decide comprarla. Al día siguiente de mudarse, el viento cambia de dirección y empieza a soplar desde el norte. Foster huele una gran pestilencia. Tras una investigación, se entera de que al norte del fraccionamiento se ubica un gran comedero de ganado, justo arriba de una loma, y que para empeorar las cosas, el propietario de este antiguo negocio planea expandirlo. Foster se une a otros propietarios para demandar la clausura del comedero.

EJEMPLO 4

Bloggs hereda de su padre lo que queda de una granja que en su mayor parte ha sido vendida a un proyecto de vivienda. La superficie restante, que su padre llamara "El pantano", se dedica ahora a la pesca y a la caza de patos, pero Bloggs decide drenarla y desarrollarla como área residencial. Sin embargo, los científicos del colegio comunitario local han determinado que la propiedad de Bloggs forma parte de las tierras húmedas que nutren las corrientes locales, así como los peces del río del pueblo. El consejo municipal, enterado de los planes de Bloggs, emite un decreto que prohíbe el drenado de las tierras húmedas. Bloggs interpone una demanda para que se le permita desarrollar su propiedad o, por lo menos, para que se obligue al gobierno municipal a comprarle la propiedad al precio que prevalecía si se permitiera el desarrollo.

EJEMPLO 5

Un decreto municipal exige que las casas se construyan a metro y medio de distancia de la línea divisoria de la propiedad. Juan Pérez compra un terreno muy arbolado en un área silvestre y construye en él una casa. Diez años después, Alfredo González, propietario del terreno colindante, hace medir su tierra y descubre que la casa de Pérez se extiende medio metro más allá

de la línea divisoria, en la propiedad de González. Pérez ofrece compensar a González por el allanamiento, pero González rechaza la oferta y demanda a Pérez para que reubique su casa de conformidad con el decreto.

Estos cinco ejemplos capturan algunas de las interrogantes más fundamentales que cualquier sistema de derecho de la propiedad deberá contestar. En los dos primeros se pregunta cómo se asignan inicialmente los derechos de propiedad. Parecería que Orbitcom basa su reclamación de propiedad en el hecho de haber puesto un satélite en la órbita en disputa antes que cualquier otro. Esta reclamación apela a un principio legal conocido como la regla de primera posesión, según la cual quien use por primera vez un recurso sin propietario adquiere un derecho sobre él. (¿Cómo se podría aplicar esta regla a la mula nacida en la remota pradera de Wyoming?) El problema general planteado aquí es: "¿Cómo adquiere una persona la propiedad de algo?"

En el segundo ejemplo se pregunta también qué tipo de cosas pueden ser de propiedad privada. Orbitcom afirma que una órbita satelital puede ser de propiedad privada, como ocurre con la tierra o una composición musical, mientras que Windsong cree, tal vez, que las órbitas deberían ser de propiedad pública y estar abiertas a todos en los mismos términos, como ocurre con los mares profundos. La economía puede decir mucho acerca de las consecuencias de que los recursos sean propiedad privada, propiedad pública o no sean propiedad de nadie.

El tercer ejemplo se refiere a un problema conocido a veces como el de los "usos incompatibles". ¿Puede el propietario de un terreno generar en él una pestilencia que ofenda a sus vecinos? En general, la ley trata de impedir que los propietarios de terrenos se perjudiquen recíprocamente, pero en este ejemplo, como en muchos otros casos, hay una interrelación entre actividades rivales. ¿Está el comedero del ganado interfiriendo con el propietario de una casa al generar la pestilencia, o está el propietario de la casa interfiriendo con el comedero al tratar de clausurarlo? El fallo legal depende en parte de que la pestilencia constituya una "molestia", tal como se define en la ley. La economía tiene mucho qué decir acerca de esta determinación.

El cuarto ejemplo, al igual que el tercero, plantea esta interrogante: "¿Qué pueden hacer legítimamente los propietarios con sus terrenos?" La diferencia es que el ejemplo 3 se refiere a una disputa originada entre propietarios privados, mientras que el ejemplo 4 se refiere a una disputa entre un propietario privado y el gobierno. La cuestión específica del ejemplo 4 consiste en saber si el propietario de un terreno puede desarrollarlo de acuerdo con sus propios deseos, o si debe respetar las restricciones impuestas al desarrollo por un gobierno local. La cuestión general se refiere a la medida en que el gobierno puede restringir el uso de un terreno por parte de su propietario. Demostraremos que la economía tiene mucho qué decir acerca de que el gobierno regule y confisque la propiedad privada.

En el último ejemplo, el propietario de un terreno ha invadido la tierra de otro, pero esa invasión no se había detectado ni había causado daño aparente durante muchos años. La cuestión planteada en este ejemplo se refiere al remedio de la invasión. ¿Debería negarse al propietario un remedio porque la invasión ha persistido durante tanto tiempo? De otro modo, ¿debería el tribunal conceder el pago de daños al propietario? ¿O debería el tribunal condenar al invasor y obligarlo a mover su casa? Como veremos más adelante, la economía pronostica los efectos de diversos remedios y proporciona, así, una poderosa herramienta para elegir la mejor opción.

Los ejemplos plantean estas cuatro interrogantes fundamentales del derecho de la propiedad:

1. ¿Cómo se establecen los derechos de propiedad?
2. ¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada?
3. ¿Qué pueden hacer los propietarios con su propiedad?
4. ¿Qué remedios existen para la violación de los derechos de propiedad?

En los dos capítulos siguientes recurriremos a la economía para responder tales interrogantes. La investigación legal tradicional sobre el derecho de la propiedad exhibe un uso de la teoría notoriamente deficiente, por lo menos en comparación con los contratos y los ilícitos culposos.[3] Esto contribuye a que muchos estudiantes crean que el derecho común de la propiedad es difuso y desorganizado. La economía nos permitirá dar más coherencia y orden a este tema. En este capítulo nos concentraremos en desarrollar herramientas fundamentales para el análisis económico de la propiedad: la teoría de la negociación, la teoría de los bienes públicos y la teoría de las externalidades. En el capítulo siguiente aplicaremos estas herramientas a un gran número de leyes e instituciones de la propiedad.

1. Concepto legal de la propiedad

Desde el punto de vista legal, la propiedad es un conjunto de derechos, los cuales describen lo que los individuos pueden hacer y no hacer con los recursos de su propiedad: la medida en que pueden poseer, usar, desarrollar, mejorar, transformar, consumir, agotar, destruir, vender, regalar, legar, transferir, hipotecar, arrendar, prestar o excluir a otros de su propiedad. Estos derechos no son inmutables: por ejemplo pueden cambiar de una generación a otra. Pero en cualquier momento constituyen la respuesta detallada del derecho a las cuatro interrogantes fundamentales del derecho acerca de la propiedad mencionadas antes.

Tres hechos acerca del conjunto de derechos legales que constituyen la propiedad son fundamentales para nuestro entendimiento posterior de la propiedad. Primero, estos derechos son impersonales en el sentido de que se

sujetan a la propiedad, no a las personas. Cualquier persona que posea una propiedad tiene derechos. En este sentido, los derechos de propiedad difieren de los derechos de contrato. Los derechos de contrato son personales en el sentido de que un individuo le debe algo a otro individuo. Segundo, el propietario tiene libertad para ejercer los derechos sobre su propiedad, lo que significa que ninguna ley prohíbe o exige que el propietario ejerza tales derechos. En nuestro ejemplo al inicio del capítulo, González puede cultivar su tierra o dejarla ociosa, y a la ley no le importa cuál sea su elección. Tercero, a los demás se les prohíbe que interfieran con el ejercicio de sus derechos por parte del propietario. Si otros interfieren, el tribunal les ordenará que se detengan —el tribunal emitirá una orden para que éstos dejen de intervenir bajo amenaza de sanción por desacato al tribunal—. Por ejemplo, si González decide cultivar su tierra, Pérez no puede poner piedras en el camino del arado. Esta protección es necesaria contra dos tipos de invasores: las personas privadas y el gobierno.

Así pues, el concepto legal de la propiedad es el de un conjunto de derechos sobre los recursos que el propietario puede ejercer con libertad y cuyo ejercicio está protegido contra la interferencia de otros. La propiedad crea, así, una zona de privacidad en la que los propietarios pueden ejercer su voluntad sobre las cosas sin tener que responder a otros, como se destaca en la cita precedente de Blackstone. Estos hechos se resumen a veces diciendo que la propiedad otorga a los propietarios una libertad sobre las cosas.

Esta definición general de la propiedad es compatible con muchas teorías diferentes acerca de los derechos particulares que deben incluirse en el conjunto protegido y acerca de la forma como se protegerán tales derechos. También es congruente con distintas explicaciones de las responsabilidades que asume una persona al convertirse en propietario. El derecho ha tendido a recurrir a la filosofía para decidir cuáles derechos deberán incluirse en el conjunto de los derechos de propiedad.

De acuerdo con el enfoque adoptado en este capítulo, nos concentramos en la forma como diversos conjuntos alternativos de derechos generan incentivos para el uso eficiente de los recursos. Un uso eficiente de los recursos maximiza la riqueza de una nación. Comenzaremos mostrando la manera en que el derecho de intercambiar las propiedades contribuye a la riqueza de la nación.

2. Teoría de la negociación[4]

Para elaborar una teoría económica de la propiedad, debemos elaborar primero la teoría económica de los juegos de negociación. Es posible que al principio no se perciba la relevancia de esta teoría para el derecho de propiedad, pero más adelante se reconocerá que es el fundamento mismo de la teoría económica de la propiedad. Los elementos de la teoría de la negociación pueden desarrollarse a partir de un ejemplo de intercambio muy común: la venta de un automóvil

usado. Consideremos estos hechos:

> Adán, quien vive en un pueblo pequeño, tiene un Chevy 1957 convertible en buen estado. El placer de poseer y conducir el automóvil vale $3 000 para Adán. Blas, quien ha codiciado ese vehículo durante varios años, hereda $5 000 y decide tratar de comprárselo a Adán. Después de inspeccionar el automóvil, Blas decide que el placer de poseerlo y conducirlo vale $4 000 para él.

De acuerdo con estos hechos, un contrato de venta permitirá que el automóvil pase de las manos de Adán, quien lo valúa en $3 000, a las de Blas, que lo valúa en $4 000. El vendedor potencial valúa el automóvil en menos que el comprador potencial, de modo que hay margen para una negociación. Suponiendo que los intercambios son voluntarios, Adán no aceptará menos de $3 000 por el automóvil, y Blas no pagará más de $4 000, de modo que el precio de venta tendrá que ubicarse en algún punto intermedio. Un precio de venta razonable sería el de $3 500, que divide la diferencia por partes iguales.

La lógica de la situación puede aclararse enunciando los hechos en el lenguaje de la teoría de juegos. Ambas partes de la clase de juego representado por este ejemplo pueden beneficiarse si cooperan entre sí. En concreto, pueden trasladar un recurso (el automóvil) de alguien que lo valúa menos (Adán) a alguien que lo valúa más (Blas). El trasladar el recurso en este caso, de Adán que lo valúa en $3 000 a Blas que lo valúa en $4 000, creará un valor de $1 000. El excedente cooperativo es el nombre del valor creado al trasladar el recurso hacia un uso más valioso. Por supuesto, la parte de este excedente que reciba cada uno dependerá del precio al que se venda el automóvil. Si el precio se fija en $3 500, cada uno disfrutará una parte igual del valor creado por el intercambio, o sea $500. Si el precio se fija en $3 800, el valor se repartirá desigualmente, ya que Adán disfrutará de 4/5 partes, o sea $800, y Blas sólo de 1/5 parte, o sea $200. Si el precio se fija en $3 200, Adán disfrutará $200, o 1/5 parte del valor creado, mientras que Blas disfrutará $800, o sea 4/5 partes.

En general, las partes regatean el precio. En el curso de la negociación, las partes pueden destacar los hechos ("El motor se encuentra en perfectas condiciones..."), apelar a normas ("$3 700 es un precio injusto..."), amenazar ("No aceptaré menos de $3 500..."), etc. Éstas son las herramientas utilizadas en el arte de la negociación. El hecho de que las partes puedan negociar es una ventaja de los juegos de negociación, o cooperativos, en comparación con otros juegos (llamados no cooperativos), como el famoso dilema del prisionero que examinamos en el capítulo II. Pero aun cuando la negociación sea posible, no hay ninguna garantía de que tendrá éxito. Si se rompen las negociaciones y las partes no cooperan, fracasará su intento de desplazar los recursos hacia un uso más valioso, y no crearán valor. Por lo tanto, el obstáculo para crear valor en un juego

de negociación es que las partes deben ponerse de acuerdo acerca de cómo dividirlo. El valor se dividirá entre ellas en una proporción determinada por el precio al que se venda el automóvil. El acuerdo acerca del precio del automóvil significa el éxito de las negociaciones, mientras que el desacuerdo significa el fracaso del proceso de negociación.

A fin de aplicar la teoría de juegos a este ejemplo, caractericemos los posibles resultados como solución cooperativa y solución no cooperativa. La solución cooperativa es aquella en la que Adán y Blas se ponen de acuerdo sobre el precio y logran cambiar el automóvil por dinero. La solución no cooperativa es aquella en la que no se ponen de acuerdo sobre el precio y por tanto no logran intercambiar el automóvil por dinero. A fin de analizar la lógica de la negociación, primero debemos considerar las consecuencias de no cooperar. Si las partes no cooperan, cada una alcanzará por sí misma cierto nivel de bienestar. Adán conservará el automóvil y lo usará, lo que vale $3 000 para él. Blas se quedará con su dinero, $5 000, o lo gastará en otra cosa distinta del automóvil. Para simplificar, supongamos que el valor que asigna Blas a su dinero es su valor nominal, específicamente $5 000. Así pues, las ganancias de las partes en la solución no cooperativa, llamadas sus valores de amenaza, son $3 000 para Adán (el valor que tiene para él conservar su automóvil) y $5 000 para Blas (el monto de su efectivo). El valor total de su solución no cooperativa es $3 000 + $5 000 = $8 000.

En cambio, la solución cooperativa consiste en que Adán venda el automóvil a Blas. Mediante la cooperación, Blas será propietario del automóvil, que para él vale $4 000, y además las dos partes ganarán una parte de los $5 000 de Blas. Por ejemplo, Adán podría aceptar $3 500 por el convertible. Blas tendría entonces el automóvil, que para él vale $4 000, y $1 500 de sus $5 000. Por lo tanto, el valor de la solución cooperativa es de $4 000 (el valor del automóvil para Blas) + $1 500 (la suma que conserva Blas de sus $5 000 originales) + $3 500 (la suma que recibió Adán a cambio del automóvil) = $9 000. El excedente ganado por la cooperación es la diferencia del valor entre la cooperación y la no cooperación: $9 000 – $8 000 = $1 000.

En todo acuerdo voluntario, cada jugador debe recibir por lo menos el valor de amenaza, o no habrá ninguna ventaja de la cooperación. Una solución razonable para el problema de la negociación es que cada jugador reciba el valor de amenaza más una porción igual del excedente cooperativo: específicamente, $3 500 para Adán y $5 500 para Blas.[5] Para lograr la división, Blas debería pagar a Adán $3 500 por el automóvil. Esto deja a Adán con $3 500 en efectivo y sin automóvil, mientras Blas se queda con un automóvil que vale $4 000 para él y $1 500 en efectivo.

PREGUNTA IV.1

Supongamos que Adán recibe una oferta de $3 200 de un tercero llamado Carlos. ¿Cómo cambia

la oferta de Carlos los valores de amenaza, el excedente de la cooperación y la solución razonable?

Hemos explicado que el proceso de negociación puede dividirse en tres pasos: el establecimiento de los valores de amenaza, la determinación del excedente cooperativo, y el acuerdo sobre los términos para distribuir el excedente de la cooperación. En la sección siguiente utilizaremos estos tres pasos para entender el origen de la institución de la propiedad.

Sin embargo, antes de proseguir debemos advertir al lector acerca de un problema común en el análisis económico del derecho. En general, el análisis económico emplea a veces un lenguaje moral o legalmente insensible para describir conceptos útiles. El "valor de amenaza" es un ejemplo. "Amenaza" denota "coerción", y la coerción invalida a menudo un contrato o constituye un delito culposo o un delito. Si usted habla con un juez o un miembro del jurado, no diga "amenaza" a menos de que trate de denotar una ilegalidad. Éste es un ejemplo en el que necesitará sustituir otro término por el lenguaje de los economistas. Suele ser legal negarse a cooperar con la otra parte y actuar de manera independiente. Por ejemplo, en lugar de "valor de amenaza", podría usar la frase valor de rompimiento o posición de repliegue.

3. El origen de la institución de la propiedad: un experimento mental

El modelo de la negociación muestra cómo la cooperación puede crear un excedente que beneficie a todos. Este tipo de razonamiento puede usarse para realizar un experimento mental que resulta útil para entender el origen de la propiedad.

Imaginemos un mundo simplificado donde haya personas, tierra, instrumentos de labranza y armas, pero no haya tribunales ni policía. En este mundo imaginario, el gobierno no vindica ni protege los derechos de propiedad pretendidos por quienes viven en la tierra. Los individuos, las familias o las alianzas de familias hacen valer los derechos de propiedad en la medida en que puedan defender sus tierras. La gente debe decidir cuántos recursos destinará a la defensa de la propiedad. Como vimos en el capítulo II, los individuos racionales asignan sus recursos limitados de tal modo que el costo marginal de defender la tierra sea exactamente igual al beneficio marginal. Esto significa que, en el margen, el valor de los recursos utilizados para fines militares (el beneficio marginal) es igual a su valor cuando se les destina a fines productivos, como la agricultura y la ganadería (el costo [de oportunidad] marginal). Por ejemplo, los ocupantes son racionales si, dedicando un poco más de tiempo al patrullaje del perímetro de la propiedad, se preserva tanta riqueza adicional para los defensores como la que disfrutarían si asignaran un poco más de tiempo a la agricultura. Lo mismo podría decirse acerca de asignar la tierra entre los cultivos y las

fortificaciones, o acerca de usar metal para forjar espadas o arados.

Estos hechos describen un mundo en el que la agricultura y la defensa son racionales de modo individual. Pero ¿son socialmente eficientes? En el capítulo II ofrecimos la siguiente definición de la producción ineficiente: los mismos (o menos) insumos podrían usarse para producir un total de producción mayor (o igual). ¿Podrá encontrarse algún mecanismo que utilice menos recursos para alcanzar el mismo nivel de protección de los derechos de propiedad? Un mecanismo posible es el del derecho. Supongamos que los costos de operación de este sistema de derechos de propiedad son menores que la suma de todos los costos individuales de la defensa privada. Tal mecanismo permitiría transferir recursos de la defensa a la agricultura. Por ejemplo, los terratenientes podrían crear un gobierno para que protegiera sus derechos de propiedad a un costo menor en términos de impuestos, que lo que gastaría cada individuo en la defensa. Los ahorros podrían provenir de las economías de escala al tener un gran ejército en la sociedad para la defensa de todos, en lugar de muchos ejércitos pequeños de propiedad privada.[6] En otras palabras, es posible que exista un monopolio natural de la defensa.

Una disputa civil como juego de negociación

En virtud de que los juicios son costosos, por lo general ambas partes pueden ganar llegando a un arreglo extrajudicial, por lo que muy pocas disputas llegan a los tribunales. Como veremos en el capítulo X, la mejor estimación actual es que cerca de 5% del total de las disputas que llegan a la etapa de presentación de una reclamación legal en los Estados Unidos se traducen efectivamente en un litigio. He aquí un problema en el que usted deberá aplicar la teoría de la negociación a una disputa civil:

HECHOS: Arturo alega que Bety le pidió prestada una tetera valiosa y la rompió, de modo que la demanda para recuperar su valor de $300. Los hechos son muy confusos: Bety sostiene que ella no le pidió prestada la tetera a Arturo; aunque se prueba que sí pidió prestada la tetera, ella sostiene que no está rota; aunque se prueba que sí le pidió prestada la tetera y que está rota, ella sostiene que no la rompió.

Supongamos que, como los hechos del caso están poco claros, Arturo y Bety creen, cada uno por su parte, que sus probabilidades de ganar en el tribunal son iguales a 50%. Supongamos además que la litigación de sumas pequeñas en un tribunal le cuesta a cada parte $50, y que no cuesta nada el arreglo extrajudicial. Por lo tanto, en este caso la cooperación consiste en llegar a un arreglo extrajudicial para ahorrarse el costo de un juicio. La no cooperación significa llevar la disputa a juicio.

PREGUNTAS:

a) ¿Cuál es el valor de amenaza de Arturo?

b) ¿Cuál es el valor de amenaza de Bety?

c) Si Arturo y Bety cooperan para arreglar su desacuerdo, ¿cuál es el costo neto de la resolución de la disputa?

d) ¿Cuál es el excedente cooperativo?

e) Un arreglo razonable sería que Bety le pagara a Arturo_____.

f) Supongamos que, en lugar de que ambas partes crean que hay una probabilidad igual de ganar, ambas se sienten optimistas. Específicamente, Arturo cree que ganará con una probabilidad de 2/3, mientras que Bety cree que ganará con una probabilidad de 2/3.

i) ¿Cuál es el valor de amenaza putativo de Arturo (lo que cree que puede obtener por sí mismo, sin la cooperación de Bety)?

ii) ¿Cuál es el valor de amenaza putativo de Bety (lo que cree que puede obtener por sí misma, sin la cooperación de Arturo)?

iii) El excedente cooperativo putativo es igual a_____.

iv) Describa en pocas palabras el obstáculo para un arreglo.

Podemos imaginar a las partes negociando en conjunto las condiciones para el establecimiento de un gobierno que reconozca y proteja sus derechos de propiedad. Están motivadas por la percepción de que hay economías de escala en la protección de la propiedad. Al ponerse de acuerdo para tener un gobierno apoyado por un ejército, cada parte podrá disfrutar de mayor riqueza y seguridad. Los filósofos llaman contrato social al arreglo finalmente logrado por tales negociaciones, porque establece las condiciones básicas de la vida social.[7] Sería racional que las partes negociadoras del contrato social tomaran en cuenta otros derechos de los propietarios, además del derecho de excluir. Podrían considerarse muchos de los derechos que se encuentran ahora en el conjunto llamado propiedad, como el derecho de usar, transferir y transformar. En efecto, muchos derechos además de los derechos de propiedad podrían formar parte del contrato social, como la libertad de expresión y la libertad de culto, pero no nos interesan en este capítulo.

El mismo modelo de negociación utilizado para explicar la venta de un automóvil de segunda mano puede aplicarse a este experimento mental, en el que una sociedad primitiva desarrolla un sistema de derechos de propiedad. Primero se hace una descripción de lo que haría la gente en ausencia de un gobierno civil, cuando sólo la fuerza militar estableciera los derechos de propiedad. Esa situación —llamada el estado de naturaleza— corresponde a los valores de amenaza de la solución no cooperativa que prevalece si las partes no se ponen de acuerdo. Segundo, se hace una descripción de las ventajas de crear un gobierno que reconozca y haga respetar los derechos de propiedad. La sociedad civil, en la que existe tal gobierno, corresponde a la solución cooperativa del juego, que prevalece si las partes pueden ponerse de acuerdo. El excedente social, definido como la diferencia existente entre la suma total gastada en

defender la tierra en el estado de naturaleza y el costo total de la operación de un sistema de derechos de propiedad en la sociedad civil, corresponde al excedente cooperativo en el juego. Tercero, se describe un acuerdo para distribuir las ventajas de la cooperación. En el ejemplo del automóvil, este acuerdo surge del precio que ofrece el comprador y acepta el vendedor. En el experimento mental, este acuerdo surge del contrato social que incluye las leyes fundamentales de la propiedad.

Para percibir el paralelo con mayor claridad, imaginemos que nuestro mundo está integrado sólo por dos personas, A y B. En un estado de naturaleza, ambas cultivan algo de maíz, roban maíz a la otra parte y se defienden contra el robo. Cada una de las partes tiene niveles de habilidad diferentes en la agricultura, el robo y la defensa. Sus ganancias en un estado de naturaleza se resumen en el cuadro IV.1. En conjunto, A y B producen 200 unidades de maíz, pero el maíz se distribuye por medio del robo. Por ejemplo, A roba 40 unidades de maíz a B y pierde 10 unidades de maíz que le roba B. Adviértase que A disfruta en última instancia de 80 unidades de maíz, mientras que B disfruta de 120 unidades, después de tomar en cuenta las ganancias y las pérdidas derivadas del robo.

En lugar de persistir en un estado de naturaleza, A y B pueden optar por llegar a un acuerdo cooperativo, reconocer los derechos de propiedad del otro y adoptar un mecanismo de aplicación que acabe con el robo. Supongamos que la cooperación les permitirá dedicar más recursos a la agricultura y menos recursos a la defensa, de modo que la producción total aumentará de 200 a 300 unidades. Así, 100 unidades constituyen el excedente social o cooperativo. En la sociedad civil habrá un mecanismo para distribuir el excedente de la cooperación, tal como los impuestos y los subsidios gubernamentales. Las partes deben decidir mediante la negociación cómo se hará esto. Una división razonable de ese excedente da a cada parte una participación igual. Por lo tanto, en la sociedad civil, cada parte recibe la mitad del excedente cooperativo más el consumo neto individual del estado de naturaleza, que es el valor de amenaza de cada parte. Estos hechos se resumen en el cuadro IV.2.

CUADRO IV.1. *Estado de naturaleza*

Agricultor	*Maíz cultivado*	*Maíz adquirido por robo*	*Maíz perdido por robo*	*Consumo neto de maíz*
A	50	40	210	80
B	150	10	240	120
Totales	200	50	250	200

CUADRO IV.2. *Sociedad civil*

Agricultor	*Valor de amenaza*	*Participación del excedente*	*Consumo neto de maíz*

A	80	50	130
B	120	50	170
Totales	200	100	300

¿Cuál es el significado de este "experimento mental" en lo tocante al origen de la propiedad? Leído literalmente, usted podría concluir que los individuos o las tribus adquieren un gobierno reuniéndose y conviniendo en la creación de un sistema de derecho que incluye los derechos de propiedad. Esta lectura literal es mala historia y mala antropología. En lugar de un contrato, un sistema de derecho de propiedad puede iniciar con una conquista militar, una rebelión contra el feudalismo o la desintegración del comunismo. En realidad, el experimento mental no se refiere a la historia, sino a procesos que están en marcha todo el tiempo.

En una sociedad cambiante, surgen de continuo nuevas formas de la propiedad. Por ejemplo, el derecho de la propiedad del gas subterráneo y del espectro radiomagnético (la transmisión de radio y televisión) desarrollado en los Estados Unidos durante el último siglo, y el derecho de la propiedad de los programas de cómputo, la música, los videos y otros materiales en el internet y las formas de vida genéticamente manipuladas que se desarrollaron durante el último decenio. La necesidad de una nueva forma del derecho de la propiedad surge en situaciones correspondientes a nuestro experimento mental. Por ejemplo, al igual que el maíz, la música digital se puede robar. Si no hay un derecho de la propiedad efectivo, la gente invierte muchos recursos en robar esa música o en tratar de evitar su robo. Estos esfuerzos redistribuyen la música, en lugar de inventarla o producirla. Estados Unidos cuenta ahora con un derecho de la propiedad que impide el robo de música digital. La promulgación de estas leyes ha estimulado grandemente la producción de música. Por lo tanto, nuestro experimento mental es realmente una parábola acerca de la estructura de incentivos que motiva a las sociedades a crear de continuo el derecho de la propiedad.

La primera pregunta que planteamos acerca del derecho de propiedad es: "¿Cómo se establecen los derechos de propiedad?" Esta pregunta se refiere al modo en que un propietario adquiere el derecho legal a la propiedad. Nuestro experimento mental responde a esta interrogante: "¿Por qué se establecen los derechos de propiedad?" Ésta es una pregunta acerca de la razón por la que la sociedad crea la propiedad como un derecho legal. Ambas están estrechamente conectadas. Las sociedades crean la propiedad como un derecho legal para estimular la producción, desalentar el robo y reducir los costos de proteger los bienes. La ley prescribe varias formas en que alguien puede adquirir un derecho de propiedad, por ejemplo: descubrir y comprar tierras con gas natural en el subsuelo, inventar un programa de cómputo o descubrir un tesoro enterrado.

La teoría de la negociación puede ayudar a la ley para que prescriba formas de adquisición de la propiedad que también estimulen la producción, desalienten el

robo y reduzcan los costos de protección de los bienes; veamos:

PREGUNTA IV.2

a) ¿Es justa la solución cooperativa? ¿Puede justificarse la desigualdad resultante en la sociedad civil? Para contestar estas interrogantes, recurra a sus ideas intuitivas sobre la justicia o, mejor aún, a un concepto de la justicia desarrollado por filósofos tales como Hobbes, Locke, Rawls o Aristóteles.
b) Supongamos que el proceso de negociación no permitió las amenazas destructivas, como la amenaza de robo. ¿Cómo podría afectar esta restricción la distribución del excedente?
c) ¿Cuál es la diferencia entre el principio "A cada quien de acuerdo con su valor de amenaza" y el principio "A cada quien de acuerdo con su productividad"?

4. Teoría económica de la propiedad

El hecho de que la misma teoría de la negociación pueda aplicarse a la venta de un automóvil usado y a la creación de una sociedad civil es prueba de la generalidad y el poder de esa teoría. En efecto, la teoría de la negociación es tan poderosa que, como se verá en esta sección, constituye la base de una teoría económica de la propiedad y del derecho de la propiedad. Resumamos brevemente a dónde vamos.

Al negociar en conjunto, los individuos convienen con frecuencia las condiciones para interactuar y cooperar. Pero a veces las condiciones de la interacción y la cooperación se imponen a los individuos desde fuera, por ejemplo, por la ley. Las condiciones son a menudo más eficientes cuando los individuos convienen en ellas que cuando la ley se las impone. Se sigue de aquí que la ley es innecesaria e indeseable cuando la negociación tiene éxito, y que la ley es necesaria y deseable cuando aquélla fracasa.

Estas proposiciones se aplican a las cuatro interrogantes sobre la propiedad que se plantearon anteriormente. En ciertas circunstancias, no necesitamos que el derecho de la propiedad conteste las cuatro preguntas planteadas al principio de este capítulo. Más bien, en tales circunstancias especiales, la negociación privada establecerá cuáles cosas son una propiedad, quién tiene derechos sobre esa propiedad, qué cosas puede y no hacer un propietario con la propiedad y quiénes pueden interferir con la propiedad de un individuo. Las circunstancias especiales que definen los límites del derecho se especifican en una notable proposición llamada el teorema de Coase. Este teorema, del que ahora nos ocuparemos, ayudó a fundar el análisis económico del derecho y significó para su inventor el Premio Nobel de Economía.

A. *Teorema de Coase*[8]

Diferentes comentaristas formulan el teorema de Coase de distinta manera. Expondremos una versión simple del teorema y luego examinaremos algunos de

los comentarios.

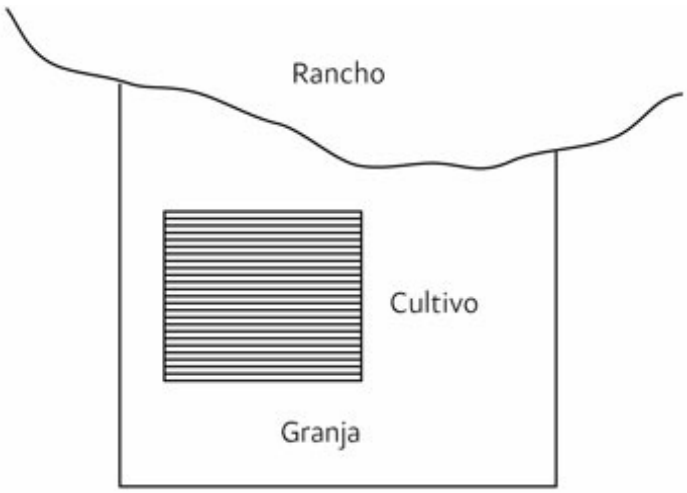
Consideremos el ejemplo del ganadero y el agricultor que se representa en la figura IV.1. Un ganadero vive al lado de un agricultor. El agricultor cultiva maíz en una parte de su tierra y deja el resto en barbecho. El ganadero tiene ganado en toda su tierra. La línea divisoria entre el rancho y la granja es clara, pero no hay ninguna cerca. Por lo tanto, de tiempo en tiempo el ganado se mete a la tierra del agricultor y daña el maíz. El daño podría reducirse construyendo una cerca, supervisando continuamente el ganado, manteniendo menos ganado o cultivando menos maíz, todo lo cual es costoso. El ganadero y el agricultor podrían negociar entre sí para decidir quién debe soportar el costo del daño. De otra manera, la normatividad legal podría asignar la responsabilidad de los daños.

Hay dos reglas específicas que legalmente se podrían adoptar:

1. El agricultor es responsable de mantener el ganado fuera de su propiedad, y deberá pagar por los daños causados por el ganado (un régimen que podríamos llamar "derechos de los ganaderos" o "praderas abiertas"), o bien
2. El ganadero es responsable de mantener el ganado en su propiedad y debe pagar por los daños causados por éste ("derechos de los agricultores" o "praderas cerradas").

Según la primera regla, el agricultor no tendría ningún recurso legal contra el daño causado por el ganado de su vecino. A fin de reducir el daño, el agricultor tendría que cultivar menos maíz o cercar sus campos. De acuerdo con la segunda regla, el ganadero deberá construir una cerca para mantener al ganado en su propiedad. Si el ganado escapa, se podrían discernir los hechos conforme al derecho, determinar el valor monetario del daño así como hacer que el ganadero le pague al agricultor.

FIGURA IV.1.



¿Cuál ley es mejor? Tal vez usted piense que la justicia exige que los culpables paguen por el daño que cometen. En tal caso, enfocará la cuestión como lo hacen los abogados tradicionales, pensando en las causas y la justicia. Las vacas del ganadero dañan los cultivos del agricultor, pero los cultivos del agricultor no perjudican a las vacas del ganadero. La causa del daño va del ganadero al agricultor, y muchas personas creen que la justicia exige que la parte que causa el daño pague por ello.

Sin embargo, el profesor Coase contestó en términos de la eficiencia. Si todo lo demás permanece igual, desearíamos que la regla legal estimulara la eficiencia tanto en la ganadería como en la agricultura. Este enfoque generó una conclusión contraria a la intuición, lo que podemos explicar mediante algunos números. Supongamos que, si no hay ninguna cerca, la invasión del ganado le cuesta al agricultor $100 por año en términos de los beneficios perdidos del cultivo de maíz. El costo de instalar y darle mantenimiento a una cerca alrededor de los campos de maíz del agricultor es de $50 por año, mientras que el costo de instalar una cerca alrededor del rancho es de $75 por año. Por lo tanto, estamos suponiendo que el daño de $100 puede evitarse a un costo anual de $50 para el agricultor y de $75 para el ganadero. Obviamente, la eficiencia requiere que el agricultor construya una cerca alrededor de sus campos de maíz, y no que el ganadero construya una cerca alrededor de su rancho.

Consideremos ahora lo que ocurrirá según ambas reglas legales. De acuerdo con la primera regla legal (los derechos de los rancheros), el agricultor asumirá un daño de $100 por año, a causa de la invasión del ganado. El agricultor puede eliminar este daño a un costo de $50 por año, con un ahorro neto de $50 por año. Por lo tanto, la primera regla hará que el agricultor construya una cerca alrededor de sus campos de maíz. De acuerdo con la segunda regla (los derechos de los agricultores), el ganadero podrá evitar una responsabilidad de $100 a un costo de $75. En consecuencia, la segunda regla hará que el ganadero construya una cerca alrededor de su rancho, con lo que se ahorrará $25. Aparentemente, la primera regla, que ahorra $50, es más eficiente que la segunda, que ahorra $25. Pero esta eficiencia es sólo aparente; no es real.

Podemos comenzar a entender este aparente enigma imaginando primero cómo podrían resolver su problema el ganadero y el agricultor mediante una negociación cooperativa y luego comparando este resultado con los resultados aparentes según las diferentes reglas legales. Supongamos que el agricultor y el ganadero se enamoraron, se casaron y combinan sus intereses comerciales. Luego maximizarían los beneficios combinados de la agricultura y la ganadería, y estos beneficios conjuntos serían los mayores cuando construyeran una cerca alrededor de los campos de maíz, no alrededor del rancho. En consecuencia, la pareja de esposos construirá una cerca alrededor de los campos de maíz, independientemente de que la ley sea la primera o la segunda regla. En otras palabras, cooperarán para maximizar sus beneficios conjuntos, sin importar lo

que dicte la ley.

Hemos visto que la primera regla es más eficiente que la segunda si el agricultor y el ganadero respetan la ley sin cooperar, pero que la ley no crea ninguna diferencia por lo que toca a la eficiencia cuando ellos cooperan. El agricultor y el ganadero no necesitan casarse para cooperar. Los hombres de negocios racionales a menudo pueden negociar y ponerse de acuerdo sobre las condiciones de la cooperación. Al negociar un acuerdo, en lugar de respetar la ley sin cooperar, el ganadero y el agricultor pueden ahorrar $25. Es decir, si las partes pueden negociar con éxito entre sí, se alcanzará el resultado eficiente, independientemente de lo que dicte la ley.

Recordemos que el resultado más eficiente es que el agricultor construya una cerca alrededor de sus campos de maíz, y que cuando las partes simplemente respetan la ley sin cooperar, la segunda regla (los derechos de los agricultores) conduce a la aparente ineficiencia de que el ganadero construya una cerca alrededor de su rancho. Pero consideremos cómo podría proceder la negociación bajo la segunda regla:

> GANADERO: "La ley me hace responsable de cualquier daño que mi ganado cause a tus cultivos, pero no habría ningún daño si existiera una cerca. Puedo cercar mi rancho por $75 al año, mientras que tú puedes cercar tus campos de maíz por $50 anuales. Hagamos un trato. Te pagaré $50 anuales para que cerques tu campo de maíz."
>
> AGRICULTOR: "Si acepto el trato y me pagas $50 anuales para que cerque mis campos de maíz, no estaré en mejor situación que si no hiciera nada y tú tuvieras que cercar tu rancho. En cambio, tú ahorrarás $25. No deberías recibir todas las ganancias de la cooperación. Deberías compartir conmigo una parte de las ganancias pagándome más de $50 anuales para que cerque mis campos de maíz."
>
> GANADERO: "Muy bien. Compartamos el ahorro derivado de la cooperación. Te pagaré $62.50 anuales y tú construirás la cerca. De esa manera, cada uno de nosotros recibirá la mitad de los $25 ganados por la cooperación."
>
> AGRICULTOR: "De acuerdo."

Adviértase la implicación importante: la cooperación logra que la cerca se construya alrededor de los campos de maíz del agricultor, a pesar de que la segunda regla legal (los derechos de los agricultores) estuviese en vigor. La eficiencia de la primera regla legal es aparente, no real. Adviértase también el paralelo existente entre la negociación del derecho de propiedad de un automóvil usado, que examinamos antes, y la negociación sobre los derechos de propiedad de la tierra. Adán es propietario del automóvil, y Blas lo valúa más que Adán.

Negociando un acuerdo, Adán y Blas pueden crear un excedente y dividirlo entre ellos. De igual modo, la segunda regla legal impone al ganadero la obligación de controlar su ganado, pero el agricultor puede controlarlo a un costo menor que el del ganadero. Al negociar un acuerdo, ambas partes pueden ahorrar costos y dividirse la ganancia entre ellos.[9]

Generalicemos lo que hemos aprendido de este ejercicio. Cuando una actividad interfiere con otra, la ley debe decidir si una de las partes tiene derecho a interferir o si la otra parte tiene el derecho de quedar libre de la interferencia. Aparentemente la equidad requiere que la parte causante de daños pague por ello. En cambio, la eficiencia requiere que se asigne el derecho a la parte que lo valúe más. Cuando las partes respetan la ley en una manera no cooperativa, la asignación legal de los derechos es importante para la eficiencia. Cuando las partes negocian con éxito, la asignación legal de los derechos no importa para la eficiencia. Esto es, si hay una negociación exitosa, el uso de los recursos (la ubicación de una cerca, el número de cabezas de ganado, la extensión de la tierra sembrada en los campos de maíz, etc.) es eficiente, cualquiera que sea la regla legal.

Hemos discutido la "negociación exitosa", pero no hemos analizado por qué las negociaciones unas veces triunfan y otras fracasan. La negociación ocurre mediante la comunicación entre las partes. La comunicación tiene varios costos, tales como la renta de una sala de conferencias, la contratación de una taquígrafa y el tiempo que se gasta en la discusión. Coase utilizó el término "costos de transacción" para referirse a los costos de la comunicación, así como a una diversidad de otros costos que analizaremos más adelante. En efecto, Coase utilizó el término "costos de transacción" para incluir todos los impedimentos de la negociación. Dada esta definición, la negociación necesariamente triunfa cuando los costos de transacción son iguales a cero. Podemos resumir este resultado enunciando esta versión del teorema de Coase:

> Cuando los costos de transacción son nulos, un uso eficiente de los recursos proviene de la negociación privada, cualquiera que sea la asignación legal de los derechos de propiedad.

Ahora debemos relacionar el teorema de Coase con nuestro proyecto más amplio de elaborar una teoría económica de la propiedad. El teorema enuncia en abstracto lo que nuestro ejemplo mostró en concreto: si los costos de transacción son nulos, no tenemos que preocuparnos por especificar las reglas legales referentes a la propiedad para alcanzar la eficiencia. La negociación privada se ocupará de cuestiones tales como las cosas que pueden ser objeto de la propiedad, lo que los propietarios pueden o no hacer con su propiedad, etcétera.

Al especificar las circunstancias en las cuales carece de importancia el derecho de la propiedad para el uso eficiente de los recursos, el teorema de Coase

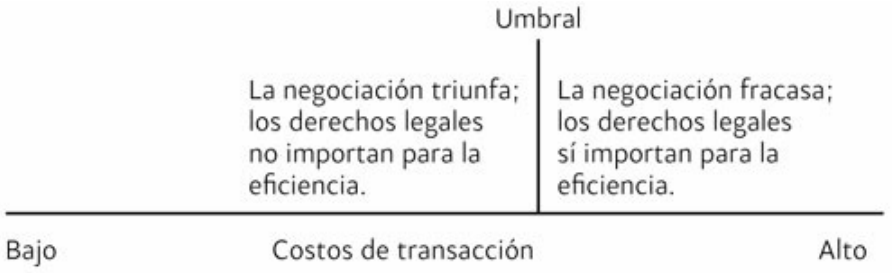
especifica implícitamente cuándo es importante el derecho de la propiedad. La asignación de los derechos de propiedad podría ser crucial para el uso eficiente de los recursos cuando los costos de transacción no son nulos.

Para ser más explícitos, postulamos este corolario del teorema de Coase:

> Cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad.

La figura IV.2 representa el corolario de forma gráfica. Los costos de transacción recaen en un espectro que va desde cero al infinito. En cualquier situación particular, el nivel del umbral de los costos de transacción divide el espectro en un área en la que la negociación es exitosa y otra en la que no lo es.

FIGURA IV.2. *Nivel del umbral de los costos de transacción que distingue las áreas en las que se aplica el teorema de Coase y las áreas en las que no se aplica*



Para apreciar el corolario, volvamos al ejemplo del ganadero y el agricultor. La negociación de un acuerdo requiere comunicación. Supongamos que la comunicación es costosa. Específicamente, supongamos que los costos de transacción de la comunicación ascienden a $35. Los costos de transacción deben restarse del excedente a fin de calcular el valor neto de la cooperación. Supongamos que prevalece la segunda regla legal (los derechos de los agricultores), de modo que puede obtenerse un excedente de $25 mediante un acuerdo en el que el ganadero pague al agricultor para que cerque sus campos de maíz. El valor neto de la negociación es el excedente cooperativo menos los costos de transacción: $25 − $35 = −$10. Al reconocer que el valor neto de la negociación es negativo, las partes no negociarán. Si las partes no negocian, respetarán la ley en una manera no cooperativa. Específicamente, el agricultor reclamará su derecho a verse libre de las invasiones del ganado, y el ganadero cercará su rancho, lo cual es ineficiente. A fin de evitar esta ineficiencia, la ley tendría que adoptar la primera regla (los derechos de los ganaderos), en cuyo caso las partes no negociarían y alcanzarían la eficiencia respetando la ley en una manera no cooperativa.

En ocasiones, la ubicación del umbral es evidente para todos. Por ejemplo, cuando una vía secundaria cruza una vía principal, la ley debe ordenar que los conductores en la vía secundaria cedan el paso a los conductores en la vía principal. Los automovilistas no tienen tiempo para negociar entre ellos y llegar a este resultado por sí solos. A veces la ubicación del umbral no es evidente y la gente difiere considerablemente sobre la política. Los automovilistas no pueden comprar un seguro contra su propio dolor y sufrimiento causado por un accidente. Los juristas discrepan fuertemente sobre si tal seguro no está disponible debido a que los costos de transacción son prohibitivos o porque los automovilistas no valoran lo suficiente la compensación del dolor y del sufrimiento como para pagar por ello.

PREGUNTA IV.3

Supongamos que un ferrocarril corre al lado de un campo donde se cultivan productos comerciales. El ferrocarril es movido por una locomotora de vapor que arroja cenizas calientes por la chimenea. De vez en cuando, tales cenizas caen en los cultivos cercanos a la vía y los queman por completo. Supongamos que el agricultor cuyos cultivos se queman pierde $3 000 anuales por esa razón, y que el costo anual de instalar y dar mantenimiento a un controlador de chispas que impediría todo daño a los cultivos es de $1 750 para el ferrocarril. ¿Importará para el uso eficiente de la tierra del agricultor, o para la operación eficiente del ferrocarril, que la ley proteja al agricultor contra la invasión de las chispas o permita que el ferrocarril emita chispas sin ninguna responsabilidad? ¿Por qué sí o por qué no?

El teorema de Coase es tan notable que muchos lo han cuestionado. No podemos discutir aquí esta abundante literatura, pero en las preguntas siguientes hemos incorporado algunos de los puntos más importantes:

PREGUNTA IV.4

El largo plazo. Algunos comentaristas creen que el teorema de Coase podría ser cierto en el corto plazo, pero no en el largo plazo. En el ejemplo del agricultor y el ganadero, cambiar el uso de los campos requiere tiempo. Por ejemplo, para convertir un campo de pastizales en tierra de cultivo, el agricultor deberá cercar y arar la tierra. La eficiencia del teorema de Coase en el largo plazo depende de la capacidad de la negociación privada para acomodar todos los costos adicionales de alterar el uso de los recursos durante largos periodos, a medida que cambian los precios relativos y los costos de oportunidad. Discuta algunas maneras en que un contrato para la cooperación en el largo plazo entre el ganadero y el agricultor diferiría de un contrato para la cooperación en el corto plazo.

PREGUNTA IV.5

Invariancia. Cuando los costos de transacción son nulos, el agricultor cerca el campo de maíz en lugar de que el ganadero cerque el rancho, independientemente de lo que dicte la ley. Adviértase que en este ejemplo no cambia el uso de los campos en la ganadería o el cultivo de maíz, cualquiera que sea la asignación inicial de los derechos de propiedad. A esta versión del teorema

de Coase se le llama la versión de la invariancia (porque el uso de los recursos es invariable en relación con la asignación de los derechos de propiedad). Esta versión resulta ser un caso especial. El caso más general es aquel en el que la asignación de los recursos será eficiente (pero no necesariamente idéntica), cualquiera que sea la asignación de los derechos de propiedad. Habrá una asignación de bienes y servicios eficiente en el sentido de Pareto, pero puede ser diferente de la asignación eficiente en el sentido de Pareto que habría resultado de la asignación del mismo derecho a un tercero.

Por ejemplo, supongamos que a los agricultores les gusta comer más maíz y menos carne, mientras que a los ganaderos les gusta comer más carne y menos maíz. Supongamos que agricultores y ganaderos son propietarios de sus tierras, que los costos de transacción son nulos y que la cerca es costosa en relación con sus ingresos. El cambio de "los derechos de los ganaderos" a "los derechos de los agricultores" aumentará el ingreso de los agricultores y disminuirá el ingreso de los ganaderos. En consecuencia, aumentará la demanda de maíz y disminuirá la de carne. La mayor demanda de maíz requiere la siembra y el cercado de más campos de maíz. Por lo tanto, el cambio de la ley provoca la construcción de más cercas. ¿Recuerda la distinción que se establece entre los "efectos precio" y los "efectos ingreso" en la teoría de la demanda? ¿Puede usar dichos conceptos para explicar este ejemplo?[10]

PREGUNTA IV.6

Efectos de la dotación. Encuestas y experimentos revelan que, para renunciar a algo que ya tienen, los individuos demandan, a veces, mucho más de lo que estarían dispuestos a pagar para adquirirlo. Por ejemplo, compárese una situación en la que los individuos tienen una oportunidad de "vender" a un contaminador el aire limpio que disfrutan ahora, con otra situación en la que los individuos que ahora no disfrutan del aire limpio tienen una oportunidad para "comprar" aire limpio a un contaminador. Las pruebas sugieren que los individuos pueden demandar un precio mayor por "vender" un derecho al aire limpio que el que pagarían por "comprar" el mismo derecho. Una dotación es una asignación inicial de los derechos de propiedad. La divergencia existente entre el precio de compra y el precio de venta recibe el nombre de efecto de la dotación, porque el precio varía de acuerdo con la asignación inicial de la propiedad.

¿Por qué los agricultores habrían de asignar un valor diferente al derecho de librarse del ganado invasor, dependiendo de que estuviesen vendiendo o comprando ese derecho? ¿Es racional que se asignen valores diferentes a tales derechos? ¿Cómo complican estas variaciones de la valuación relativa un análisis de eficiencia de la asignación de los derechos de propiedad?

PREGUNTA IV.7

Normas sociales. Las normas sociales evolucionan a menudo para hacer frente a los costos externos, sin necesidad de negociación o de ley. Por ejemplo, una norma social existente en un condado del norte de California establece que los ganaderos serán responsables de controlar su ganado, aunque algunas partes del condado sean de "praderas abiertas" (es decir, áreas donde la responsabilidad legal corresponde a los agricultores). Además, los ganaderos y los agricultores de este condado aparentemente no realizan la clase de negociaciones que se incluyen en el teorema

de Coase. ¿Cuán nocivos son estos hechos para el análisis de Coase? ¿Por qué esperaría usted que los vecinos relacionados desde hace mucho tiempo adopten normas eficientes para controlar las externalidades?[11]

NOTA WEB IV.1

Hay más sobre el teorema de Coase en nuestro sitio web, donde planteamos otras interrogantes y describimos algunos estudios experimentales diseñados para verificar el teorema de Coase.

B. *Elementos de los costos de transacción*

¿Qué son los costos de transacción? ¿Son siempre realmente insignificantes? No podemos usar el teorema de Coase para entender el derecho sin contestar estas preguntas. Los costos de transacción son los costos del intercambio y éste tiene tres pasos. Primero, debe localizarse un socio para el intercambio, lo cual implica encontrar a alguien que desee comprar lo que se quiere vender, o vender lo que se quiere comprar. Segundo, deberá llegarse a un arreglo entre las partes que intercambian. Este arreglo se logra mediante una negociación exitosa, lo que podría incluir la redacción de un convenio. Tercero, una vez celebrado un acuerdo, éste deberá ejecutarse. La ejecución implica monitorear el cumplimiento de las partes y castigar las violaciones al acuerdo. Podemos llamar a las tres formas de los costos de transacción en correspondencia con estos tres pasos de un intercambio: *1)* costos de la búsqueda, 2) costos de la negociación, y *3)* costos de la ejecución.

PREGUNTA IV.8

Clasifique cada uno de los ejemplos siguientes como un costo de la búsqueda, de la negociación o de la ejecución de un acuerdo para comprar un Chevrolet modelo 1957:

a) Regatear el precio.
b) Recaudar los pagos mensuales de la compra del automóvil.
c) Dejar de trabajar un tiempo para que el comprador y el vendedor se reúnan.
d) Comprar un espacio en la sección de “anuncios clasificados” del periódico.
e) Comprar un periódico para ver la sección de “anuncios clasificados”.
f) El hecho de que el comprador pregunte al vendedor por el sistema de encendido del automóvil.

¿Cuándo son los costos de transacción elevados y cuándo son bajos? Consideremos esta pregunta examinando los tres elementos de los costos del intercambio. Los costos de la búsqueda tienden a ser elevados en el caso de bienes o servicios peculiares, y bajos en el caso de los bienes o servicios estandarizados. Por ejemplo, encontrar a alguien que venda un Chevrolet 1957 es más difícil que encontrar a alguien que venda refrescos.

Pasando ahora a los costos de la negociación, adviértase que nuestros ejemplos de negociación suponían que ambas partes conocen los valores de

amenaza de la otra parte y la solución cooperativa. Los teóricos de juegos dicen que la información es "pública" en las negociaciones en las que ambas partes conocen estos valores. (Los teóricos de juegos se refieren a estas negociaciones como situaciones de "conocimiento común".) En cambio, la información es "privada" cuando una de las partes conoce algunos de estos valores y la otra no los conoce. Si las partes conocen los valores de amenaza y la solución cooperativa, podrán calcular condiciones razonables para la cooperación. En general, la información pública facilita el acuerdo permitiendo que las partes calculen condiciones razonables para la cooperación. En consecuencia, las negociaciones tienden a ser simples y fáciles cuando la información acerca de los valores de amenaza y la solución cooperativa es pública. Por ejemplo, las negociaciones para vender una sandía son simples porque no hay mucho qué saber al respecto.

Por otra parte, las negociaciones tienden a ser complicadas y difíciles cuando la información acerca de los valores de amenaza y la solución cooperativa es privada. La información privada impide la negociación porque gran parte debe convertirse en información pública antes de que se puedan calcular condiciones razonables para la cooperación. En general, la negociación es costosa cuando es necesario convertir mucha información privada en información pública. Por ejemplo, las negociaciones para la venta de una casa implican muchos problemas de financiamiento, cronología, calidad y precio. El vendedor de una casa sabe mucho más que el comprador acerca de los defectos ocultos del inmueble, y el comprador sabe mucho más que el vendedor acerca de su propia capacidad para obtener financiamiento. Cada uno de ellos trata de averiguar estos hechos del otro en el curso de las negociaciones. Hasta cierto punto, las partes pueden estar en disposición de divulgar alguna información. Pero pueden sentirse reacios a divulgarla toda. La participación de cada parte en el excedente cooperativo depende, en parte, de que alguna información se mantenga privada. Pero la celebración del arreglo requiere que alguna información se haga pública. El equilibrio de estos estirones es difícil y potencialmente costoso.

Hay una literatura abundante sobre los juegos de negociación, incluido gran número de experimentos cuidadosamente construidos para verificar el teorema de Coase.[12] Una de las conclusiones más sólidas de estos experimentos es que existe mayor probabilidad de que los negociadores cooperen cuando sus derechos son claros y menor probabilidad cuando sus derechos son ambiguos. Dicho en términos más formales, los juegos de negociación son más fáciles de resolver cuando los valores de amenaza son un conocimiento público. Los derechos de las partes definen sus valores de amenaza en las disputas legales. Una implicación de este hallazgo es que el derecho de la propiedad debería favorecer criterios para la determinación de la propiedad que sean claros y simples. Por ejemplo, un sistema para el registro público de los derechos de propiedad de la tierra evita muchas disputas y facilita el arreglo de las que surjan.

De igual modo, es fácil confirmar el hecho de que alguien posea o use una propiedad. En consecuencia, la ley pondera la posesión y el uso al determinar la propiedad. En cambio, los derechos de propiedad poco claros son un gran obstáculo para la cooperación y una causa importante de pérdida de recursos. Por lo tanto, los paracaidistas que ocupan terrenos de terceros en los países en desarrollo no logran mejorar sus viviendas, ya que no es claro que serán los propietarios de las mejoras.

La mayoría de nuestros ejemplos de negociación se refieren a dos partes. La comunicación entre dos partes suele ser barata, sobre todo cuando las partes están cercanas entre sí. Pero muchas negociaciones implican a tres o más partes. La negociación se vuelve más costosa y difícil en tal caso, sobre todo si las partes están dispersas entre sí. Este hecho podría explicar que los tratados entre muchas naciones sean difíciles de concluir.

Por último, es posible que las partes deseen redactar un acuerdo, lo que podría ser costoso porque deberán preverse muchas contingencias que pueden surgir para cambiar el valor de la negociación.

Otro obstáculo para la negociación es la hostilidad. Es posible que las partes de la disputa tengan preocupaciones emocionales que interfieran con el acuerdo racional, como ocurre cuando un divorcio se pelea con encono. Quienes se odian disienten a menudo acerca de la división del excedente cooperativo, aunque todos los hechos relevantes sean del conocimiento público. Por ejemplo, muchas jurisdicciones tienen reglas para dividir la propiedad en caso de divorcio que son simples y previsibles para la mayoría de los matrimonios sin hijos. Sin embargo, una porción considerable de estos divorcios se litiga en los tribunales en lugar de arreglarse mediante la negociación. En estas circunstancias, los abogados pueden facilitar las negociaciones interponiéndose entre las partes hostiles.

Pero aun cuando no haya hostilidad, la negociación puede ser costosa porque los negociadores pueden comportarse de modo poco razonable, por ejemplo, presionando demasiado a su favor (lo que los abogados llaman “exageración”). Un aspecto esencial de la negociación es la elaboración de una estrategia. Para hacerlo, cada una de las partes trata de adivinar cuánto estará dispuesta a conceder la otra parte. Si una de ellas calcula mal la determinación de la otra parte, ambas se sorprenderán al ver que la otra parte no cede, de modo que las negociaciones podrían fracasar. Los malos cálculos son probables cuando las partes no se conocen entre sí, cuando las diferencias culturales oscurecen la comunicación o cuando las partes están comprometidas con posiciones morales conflictivas acerca de lo que es justo.

Los costos de la ejecución, el tercero y último de los elementos de los costos de transacción, surgen cuando se requiere tiempo para el cumplimiento de un acuerdo. Un acuerdo que se puede cumplir de inmediato no tiene costos de ejecución. Tenemos un ejemplo en el intercambio simultáneo, en el que doy un dólar y recibo una sandía. En el caso de las transacciones complejas, monitorear

el comportamiento y castigar las violaciones del acuerdo puede ser costoso. Por ejemplo, consideremos el caso anterior, en el que Bloggs desea drenar un pantano de su propiedad para desarrollarlo como área residencial. Supongamos que el municipio le permite construir en una pequeña parte del pantano, a condición de que no dañe el resto. Algunos funcionarios deberán vigilarlo para asegurarse de que cumple su promesa. Además, los funcionarios podrían requerir que Bloggs otorgara una fianza, la que sería confiscada si dañara al resto del pantano y devuelta si completara la construcción sin hacer daño. En general, los costos de la ejecución serán bajos cuando las violaciones del acuerdo puedan observarse fácilmente y la administración del castigo sea barata.

Resumamos lo que hemos aprendido acerca de los costos de transacción. Las transacciones tienen tres etapas, cada una de las cuales tiene un tipo de costo especial: costos de la búsqueda, costos de la negociación y costos de la ejecución. Estos costos varían a lo largo de un espectro, desde cero hasta infinitamente grandes, dependiendo de la transacción. En el cuadro IV.3 se resumen las características de las transacciones que afectan sus costos.

PREGUNTA IV.9

Ordene las seis transacciones siguientes de menor a mayor costo de transacción. Explique su ordenamiento por referencia a los costos de la búsqueda, de la negociación y de la ejecución. (No hay una respuesta correcta única.)

a) Contraer matrimonio.
b) Comprar una alcachofa.
c) Adquirir un derecho para pasar una línea de gas por la propiedad de su vecino.
d) Vender una franquicia de Burger King.
e) Ir a la universidad.
f) Comprar una garantía para un automóvil nuevo.

CUADRO IV.3. *Factores que afectan los costos de transacción*

Costos de transacción menores	*Costos de transacción mayores*
1. Bien o servicio estandarizado	1. Bien o servicio peculiar
2. Derechos claros, simples	2. Derechos inciertos, complejos
3. Pocas partes	3. Muchas partes
4. Partes amistosas	4. Partes hostiles
5. Partes que se conocen	5. Partes que no se conocen
6. Comportamiento razonable	6. Comportamiento poco razonable
7. Intercambio instantáneo	7. intercambio demorado
8. Sin contingencias	8. Numerosas contingencias
9. Bajos costos de monitoreo	9. Altos costos de monitoreo
10. Castigos baratos	10. Castigos costosos

PREGUNTA IV.10

Consideremos el derecho de fumar o de verse libre del humo en las situaciones siguientes. ¿En cuáles situaciones cree usted que los costos de transacción son tan elevados que impidan las negociaciones privadas, y en cuáles casos cree que los costos de transacción son lo suficientemente bajos para que ocurran transacciones privadas? Explique su respuesta.

a) Fumar en una residencia privada.
b) Fumar en un área pública tal como un centro comercial, una sala de conciertos cerrada o un estadio al aire libre.
c) Fumar en los cuartos de un hotel.
d) Fumar en los vuelos de aerolíneas comerciales.

¿Qué clases de argumentos formularán los dos individuos en favor y en contra de una negociación o de medios más intervencionistas para abordar cada problema? ¿Hasta qué punto las normas sociales, y no el derecho, determinan el resultado?

C. *Teoremas normativos de Coase y de Hobbes*

Hemos hablado hasta aquí como si la única lección del teorema de Coase para el derecho de la propiedad fuese que el derecho debe determinar el nivel de los costos de transacción y reaccionar en consecuencia. Pero podemos ir más allá.

Hasta ahora, hemos señalado los costos de transacción como si fuesen exógenos al sistema legal, es decir, como si fuesen determinados tan sólo por características objetivas de las situaciones de negociación, fuera del dominio de la ley. No siempre ocurre así. Algunos costos de transacción son endógenos al sistema legal en el sentido de que las reglas legales pueden disminuir los obstáculos para la negociación privada. El teorema de Coase sugiere que la ley puede alentar la negociación reduciendo los costos de transacción.

Veamos un ejemplo numérico: si el excedente del intercambio es $25 y los costos de transacción son $30, las partes podrán obtener un beneficio neto de $25 – $30 = –$5 de un acuerdo privado. Si los costos de transacción superan al excedente, el beneficio neto de un intercambio privado será negativo. En otras palabras, por lo menos una de las partes perderá con el intercambio privado. Una persona racional no negociará voluntariamente una pérdida. Por lo tanto, el intercambio privado no ocurrirá entre individuos racionales cuando el beneficio neto sea negativo. Pero si la ley reduce los costos de transacción a $10, el beneficio neto del intercambio será de $25 – $10 = $15. Cuando el excedente supera los costos de transacción, el beneficio neto del intercambio privado es positivo, de modo que ambas partes pueden ganar con el intercambio privado. Por lo general, el intercambio privado ocurrirá entre personas racionales cuando el beneficio neto sea positivo.

La reducción de los costos de transacción “lubrica” la negociación. Un objetivo

legal importante es lubricar las negociaciones privadas reduciendo los costos de transacción. Un procedimiento destacado en que la ley puede hacer esto es la definición de derechos de propiedad simples y claros. Es más fácil negociar cuando los derechos legales son simples y claros que cuando son complicados e inciertos. Por ejemplo, la regla de "el que es primero en tiempo es primero en derecho" es una forma simple y clara de determinar los derechos de propiedad. De igual modo, el requisito del registro público de los derechos de propiedad vuelve más fácil la determinación de la propiedad. Además, poner a disposición los registros en internet puede reducir aún más los costos de transacción. En este libro se muestran muchos ejemplos de otros procedimientos utilizados por la ley para lubricar la negociación. Al hacer esto, la ley permite que las partes privadas intercambien derechos legales, liberando así a los legisladores de la difícil tarea de asignar eficientemente los derechos legales.[13]

Podemos formalizar este principio como el teorema normativo de Coase: "Estructurar la ley de tal modo que se eliminen los impedimentos para los acuerdos privados".

El principio es normativo debido a que ofrece una orientación prescriptiva a los legisladores. Se inspira en el teorema de Coase porque supone que el intercambio privado, en las circunstancias apropiadas, puede asignar eficientemente los derechos legales. Para ilustrar la aplicación del principio, piénsese que la dramática tendencia mundial hacia la privatización en el decenio de 1990 eliminó muchos impedimentos regulatorios de los acuerdos privados.

Además de estimular la negociación, un sistema legal trata de minimizar los desacuerdos y la falta de cooperación, que son costosos para la sociedad. La importancia de minimizar las pérdidas derivadas de los desacuerdos era especialmente apreciada por Thomas Hobbes, el filósofo inglés del siglo XVII, quien creía que los individuos rara vez serían lo suficientemente racionales para convenir una división del excedente cooperativo, aunque no existiesen impedimentos graves para la negociación.[14] Su codicia natural los llevaría a pelear, a menos que un tercero más fuerte los obligara a ponerse de acuerdo. Estas consideraciones sugieren el siguiente principio del derecho de la propiedad, que podemos designar como el teorema normativo de Hobbes: "Estructurar la ley de tal modo que se minimice el daño causado por las fallas de los acuerdos privados".[15]

De acuerdo con este principio, la ley debería diseñarse de tal modo que impida las amenazas coercitivas y elimine asimismo la capacidad destructiva del desacuerdo.

Cuando las partes no pueden llegar a un acuerdo privado, cuando éste en efecto es posible, pierden el excedente derivado del intercambio. Para minimizar el daño resultante, la ley debería asignar los derechos de propiedad a la parte que los valúe más. Al asignar los derechos de propiedad a la parte que los valúe más, la ley vuelve innecesario el intercambio de derechos y así ahorra el costo de una

transacción. Por ejemplo, el teorema normativo de Hobbes exige a la ley la creación de "praderas abiertas" (derechos de los ganaderos), antes que "praderas cerradas" (derechos de los agricultores), en situaciones correspondientes a nuestro ejemplo anterior.

Estos dos principios normativos del derecho de la propiedad —minimizar el daño causado por los desacuerdos privados acerca de la asignación de recursos (el teorema normativo de Hobbes) y minimizar los obstáculos a los acuerdos privados sobre la asignación de los recursos (el teorema normativo de Coase)— tienen una amplia aplicación en el derecho. En combinación con el teorema de Coase discutido antes y su corolario, estos principios formarán el meollo de nuestro análisis económico del derecho de la propiedad en lo que resta de este capítulo y en el siguiente.

D. *¿Lubricar o asignar? Coase* versus *Hobbes*

Los teoremas de Coase y de Hobbes caracterizan dos modos en que la ley puede aumentar la eficiencia cuando los costos de transacción son positivos. Primero, la ley puede lubricar el intercambio privado reduciendo los costos de transacción. Segundo, la ley puede asignar los derechos a la parte que los valúe más.

Consideremos enseguida la manera en que un legislador podría elegir entre lubricar y asignar. Regresemos a nuestro ejemplo del agricultor y el ganadero, donde la cerca le cuesta $75 al ganadero y $50 al agricultor. Supongamos que la ley asigna la obligación de cercar al ganadero (derechos de los agricultores). Dados estos hechos, podría obtenerse un excedente de $25 transfiriendo la obligación de cercar del ganadero al agricultor (derechos de los ganaderos). No obstante, supongamos que los costos de transacción del intercambio privado ascienden a $35, de modo que la transferencia está bloqueada. ¿Qué habrá que hacer? Si la ley puede reducir los costos de transacción de $35 a $10, éstos ya no bloquearán el intercambio privado. Cuando el intercambio privado no está bloqueado, la obligación del ganadero de construir la cerca puede transferirse al agricultor, creándose de este modo un beneficio neto de 15 dólares.

O bien, supongamos que la ley no puede reducir los costos de transacción del intercambio privado. El otro remedio posible consiste en cambiar la ley y asignar la obligación de cercar al agricultor (derechos de los ganaderos), no al ganadero (derechos de los agricultores). Si el agricultor tiene la obligación de cercar, los derechos legales se asignan eficientemente. Cuando los derechos están asignados eficientemente, el intercambio de los derechos produciría un excedente negativo. El intercambio es innecesario y no ocurrirá.

Por desgracia, los legisladores a menudo desconocen quién valúa más los derechos, y descubrirlo puede resultar difícil. Por ejemplo, consideremos el problema de descubrir el costo de cercar los cultivos del agricultor. Al declarar ante el tribunal, el agricultor tendrá un incentivo para exagerar estos costos.

Conociendo este hecho, el juez y el jurado no están seguros de que deban creerle al agricultor.

Los legisladores con información limitada afrontan un dilema entre los costos de transacción y los costos de información. Por una parte, siguiendo estrictamente el precedente, los tribunales evitan los costos de información para determinar quién valúa más un derecho. Sin embargo, apegándose estrictamente al precedente por parte de los tribunales, las partes deben sufragar los costos de transacción de corregir las asignaciones legales ineficientes de los derechos. Por otra parte, los tribunales pueden tratar de determinar quién valúa más un derecho legal y ajustar la ley en consecuencia. Con la reasignación legal de los derechos, los tribunales u otros legisladores deben asumir los costos de información para determinar quién valúa más un derecho. La eficiencia exige que los tribunales hagan lo que resulte más barato.

Para formalizar este enunciado, sea que *CI* denote el costo de información que debe asumir un tribunal para determinar quién valúa más un derecho legal. Sea que *CT* denote el costo de transacción de la negociación de derechos legales. Los tribunales eficientes aplicarían esta regla:

CI CT ⇒ asignar el derecho legal inicialmente a la persona que lo valúe más;
CT CI ⇒ seguir el precedente estrictamente.

Para ilustrar la aplicación de este principio, señalemos que, a medida que aumenta la población y se intensifica el uso de la tierra, algunas áreas del oeste de los Estados Unidos pasan de ser praderas abiertas a praderas cerradas. Supongamos que un juez o un panel de expertos en leyes deben considerar si mantendrán abiertas algunas praderas o las cerrarán. Al abordar la cuestión, el juez o la comisión deberán equilibrar los costos de transacción de las negociaciones privadas entre ganaderos y agricultores, y el costo de los legisladores para tratar de determinar los costos de la cerca para ganaderos y agricultores.

PREGUNTA IV.11

a) Cuando los costos de transacción son lo suficientemente bajos, se dará la asignación eficiente de los recursos independientemente de la asignación particular de los derechos de propiedad. Cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados, la asignación eficiente de los recursos requiere que se asignen los derechos de propiedad a la parte que los valúe más. Sugiera un ejemplo de cada caso.
b) ¿Puede usted utilizar el teorema normativo de Hobbes para justificar la legislación reguladora del proceso de negociación colectiva entre los empleadores y los sindicatos?
c) Cuando los individuos disienten fuertemente, pueden tratar de hacerse daño entre sí, o pueden abandonar un intercambio potencialmente rentable. ¿Qué sugiere el teorema normativo de Hobbes que debería dar la ley a estas dos posibilidades?

Ahora tenemos las herramientas necesarias para contestar una de las cuatro interrogantes fundamentales del derecho de la propiedad que planteamos al principio de este capítulo. "¿Qué remedios existen para la violación de los derechos de propiedad?" Esta pregunta se refiere a la forma en que debería responder un tribunal cuando una persona o el gobierno interfieren con los derechos de propiedad de alguien. Nuestra discusión en este capítulo se concentrará en la interferencia de parte de una persona. En el capítulo siguiente consideraremos la interferencia gubernamental.

A. *Daños y mandatos*

Antes que nada, necesitamos ciertos antecedentes. Los remedios de que dispone un tribunal del derecho común son legales o equitativos. El principal remedio legal es el pago de daños monetarios compensatorios que el demandado debe hacer al demandante. Estos daños son una suma de dinero que compensa al demandante por los perjuicios que le ha infligido el demandado. El tribunal determina la suma de dinero apropiada que, como suele decirse, "sanará al demandante". La medición de esta suma es un tema complejo en sí mismo, del que nos ocuparemos más adelante.[16] El remedio equitativo es una orden expedida por el tribunal para que el demandado realice un acto o se abstenga de actuar en una forma particular. Esta orden asume con frecuencia la forma de un mandato que "prohíbe" al demandado hacer o abstenerse de un acto específico.[17]

Adviértase que el remedio legal "mira hacia atrás" en el sentido de que compensa a un demandante por un daño que ya ha sufrido, mientras que el remedio equitativo "mira hacia adelante" en el sentido de que impide que un demandado cause un daño al demandante en el futuro. Por lo tanto, un tribunal puede combinar las dos formas del remedio, otorgando la compensación de los daños monetarios provocados por acciones pasadas y prohibiendo los actos que puedan causar daño en el futuro.

El pago de daños constituye el remedio habitual para el incumplimiento de promesas y los accidentes, mientras que el mandato es el remedio habitual para los actos de apropiación, invasión o interferencia con la propiedad de otro. En otras palabras, el pago de daños es el remedio habitual en el derecho de los contratos y los ilícitos culposos, mientras que el mandato es el remedio habitual en el derecho de la propiedad. Por estas razones, en la literatura legal, los pagos de daños suelen llamarse "regla de responsabilidad", mientras que el remedio equitativo por lo general se llama "regla de la propiedad". Por ejemplo, el agricultor tendrá que pagar daños al ganadero por el incumplimiento de un contrato que lo obliga a entregar heno o por haber disparado accidentalmente a la vaca del ganadero cuando andaba cazando. Pero si el ganado invade los cultivos del agricultor (y si los agricultores tienen derecho a quedar libres de las

depredaciones del ganado descarriado), es probable que el tribunal conceda el pago de daños por los perjuicios del pasado y mande al ganadero controlar a su ganado en el futuro.

B. *La lavandería y la compañía de electricidad: un ejemplo*

Un mandato podría aparecer como la prescripción absoluta de un acto. Por ejemplo, si el tribunal condenara la invasión futura de los campos de maíz del agricultor por los animales del ganadero, podríamos interpretar que esto significa que el ganadero tendrá que erigir una cerca. Esto es un error. El remedio por mandato no impide que los animales del ganadero invadan la propiedad del agricultor, sino tan sólo que ocurra sin el consentimiento del agricultor. El agricultor queda en libertad para celebrar un contrato en el que prometa no aplicar el mandato. Así, el agricultor podría comprometerse a no ejecutar el mandato a cambio de que el ganadero le pague cierta suma de dinero.[18]

Dados estos hechos, el derecho a un mandato debería considerarse como una clara asignación de un derecho de propiedad. Una vez que el derecho de propiedad está claramente asignado, su propietario podrá negociar su venta. Por ejemplo, si el tribunal prohibió al ganadero que su ganado invadiera las tierras del agricultor en el futuro, esto podría verse como una declaración de que el agricultor tiene el derecho legalmente exigible de verse libre de la invasión del ganado. Si el valor que el ganadero le asigna al hecho de que se le permita invadir la propiedad del agricultor es mayor que el valor que el agricultor le asigna al hecho de verse libre de la invasión, habrá lugar para una negociación en la que el ganadero compre el derecho al agricultor.

La mayoría de las disputas legales se arreglan mediante una negociación entre las partes, sin acudir a un juicio, pero los términos de la negociación se ven afectados por el remedio de que se dispondrá en el juicio.[19] Específicamente, los términos de la negociación son diferentes dependiendo de que el remedio sea el pago de daños o un mandato. Un ejemplo tomado del capítulo I le ayudará a entender la relación existente entre los remedios y las negociaciones.

> LOS HECHOS: La Compañía de Electricidad *E* emite humo que ensucia la ropa de la Lavandería *L*. Nadie más se ve afectado porque *E* y *L* están cerca una de otra y lejos de todos los demás. *E* puede abatir este costo externo instalando limpiadores en sus chimeneas, mientras que *L* puede reducir el daño instalando filtros en su sistema de ventilación. La instalación de cepillos por *E*, o de filtros por *L*, elimina por completo el daño causado por la contaminación. El cuadro IV.4 muestra los beneficios de cada compañía, dependiendo de la acción que se realice para reducir la contaminación. (Los beneficios que se muestran en la matriz excluyen toda compensación que pudiera pagarse o recibirse a resultas de una disputa legal.)

Las cifras del cuadro IV.4 pueden explicarse de la manera siguiente. Cuando *E* no instala limpiadores, sus beneficios son 1 000 (independientemente de lo que haga la lavandería). Cuando *L* no instala filtros y no sufre daños por la contaminación (porque *E* ha instalado limpiadores), los beneficios de *L* son 300. La contaminación destruye 200 de los beneficios de *L*, la cual puede evitar esto instalando filtros a un costo de 100, o *E* puede evitarlo instalando limpiadores a un costo de 500. Verifique si puede utilizar estos hechos para explicar las cifras del cuadro.

Por definición, el resultado más eficiente es una situación en la que los beneficios totales para las dos partes, llamados "beneficios conjuntos", son los más altos posibles. Los beneficios conjuntos se calculan sumando las dos cifras de cada celda del cuadro. Los beneficios conjuntos se maximizan en la celda noreste, donde se alcanzan 1 200 cuando *E* no instala limpiadores y *L* instala filtros.

El daño causado por la contaminación representa una fuente de disputa entre *E* y *L*, quienes pueden arreglar su desacuerdo y cooperar entre sí, o pueden no cooperar y litigar su disputa. Nos interesa determinar aquí cómo el remedio disponible en un tribunal puede inducir a las partes a alcanzar la solución eficiente y así minimizar el daño de la contaminación.

Supongamos que *E* y *L* litigan su desacuerdo. Tres reglas de la ley podrían aplicarse en el evento de un juicio:

CUADRO IV.4. *Ganancias antes de la acción legal*[a]

		Lavandería	
		Sin filtro	Con filtro
Compañía de electricidad	Sin limpiadores	1000, 100	1000, 200
	Con limpiadores	500, 300	500, 200

1. Derecho del contaminante: *E* está en libertad de contaminar.
2. Derecho a daños del contaminado: *L* tiene derecho a obtener de *E* el pago de daños compensatorios. (Los daños compensatorios son una suma de dinero que *E* paga a *L* para compensar la reducción de las ganancias de *L* por causa de la contaminación de *E*.)
3. Derecho del contaminado a un mandato: *L* tiene derecho a que se expida un mandato que prohíba a *E* contaminar. (Un mandato es una orden expedida por un tribunal para que *E* deje de contaminar.)

Determinemos el valor de la solución no cooperativa de acuerdo con cada una

de estas reglas, tal como aparecen en el cuadro IV.5.

Principiando con la regla 1, si *E* está en libertad de contaminar, la acción más rentable para *E* consiste en abstenerse de instalar limpiadores y ganar beneficios de 1 000. La respuesta más rentable para *L* consiste en instalar filtros y ganar beneficios de 200. Por lo tanto, el valor no cooperativo de la regla de la libertad para contaminar es 1 200. Ésta es la solución eficiente, que se encuentra en la celda noreste del cuadro.

Pasando a la regla 2, supongamos que *E* debe pagar daños a *L* y supongamos también que *L* no tiene ninguna obligación legal de instalar filtros (no hay obligación de "mitigar"). Si *E* debe pagar daños a *L* por contaminar, entonces *L* no se molestará en instalar filtros. *E* tendrá que pagar a *L* daños iguales a la diferencia existente entre los beneficios que gana *L* cuando no hay contaminación, 300, y los beneficios que gana *L* cuando hay contaminación, 100. *E* puede elegir entre la instalación de limpiadores y el pago de daños a *L* por la suma de 200. La alternativa más rentable consiste en que *E* no instale los limpiadores: inicialmente obtiene 1 000 en beneficios, de los que debe restar 200 para pagar los daños, de modo que *E* se queda con beneficios netos de 800. *L* obtiene beneficios netos de 300 (100 de sus operaciones más 200 de *E*). El valor no cooperativo según la regla 2 (una regla de responsabilidad por el pago de daños) es entonces 1 100 = 300 + 800. Éste es el valor que aparece en la celda noroeste del cuadro.

CUADRO IV.5. *Beneficios de la negociación según las tres reglas legales*

	Sin cooperación			*Con cooperación*	
	E	*L*	*Excedente*	*E*	*L*
Regla 1					
Derecho del contaminador	1 000	200	0	1 000	200
Regla 2					
Pago de daños	800	300	100	850	350
Regla 3					
Mandato	500	300	400	700	500

Pasando a la regla 3, si se ordena a *E* que se abstenga de contaminar y responda instalando limpiadores, obtendrá 500 de beneficios. Si *E* instala limpiadores, *L* no se molestará en instalar filtros, de modo que obtendrá 300 de beneficios. Por lo tanto, el valor no cooperativo de acuerdo con la regla que prohíbe la contaminación es 800 = 500 + 300, que corresponde a la celda suroeste del cuadro.

Bajo el supuesto pesimista de que *E* y *L* no pueden cooperar, sólo una de las reglas legales produce un resultado eficiente: la regla 1. En lugar de formular el supuesto pesimista de que las partes no podrán cooperar, supongamos que formulamos el supuesto optimista de que las partes pueden arreglar su

desacuerdo de manera cooperativa. (Estamos suponiendo que los costos de transacción son muy bajos.) Cuando *E* y *L* cooperan, su mejor estrategia consiste en maximizar los beneficios conjuntos de ambas empresas, y los beneficios se maximizan cuando toman el curso de acción eficiente, el que en este caso es que *L* instale filtros y *E* no instale limpiadores, con lo que se obtienen beneficios conjuntos de 1 200. Ésta es la solución eficiente de la celda noreste.

Así pues, hay dos procedimientos para alcanzar la solución eficiente. Un procedimiento consiste en que la ley adopte la regla para la cual es eficiente la solución no cooperativa. Esta solución es recomendada por el teorema normativo de Hobbes. En nuestro ejemplo (pero no necesariamente para otros ejemplos de contaminación), la solución no cooperativa es eficiente según la regla 1, que otorga a *E* libertad para contaminar. El otro procedimiento para alcanzar la eficiencia consiste en que las partes cooperen. La solución cooperativa es eficiente bajo las tres leyes posibles. De acuerdo con el teorema de Coase, las asignaciones ineficientes de los derechos legales por leyes como las reglas 2 y 3 serán remediadas mediante acuerdos privados, a condición de que la negociación tenga éxito.

Si los costos de transacción son nulos y la negociación exitosa puede corregir las leyes ineficientes, ¿para qué sirve la ley? Una respuesta es que la ley afecta la distribución del producto cooperativo, lo que a su vez afecta la negociación. Para ilustrar este punto acerca de la distribución, recordemos cómo afecta la estructura de la ley —como las reglas 1, 2 y 3— a los valores de amenaza de las partes. Una solución de negociación razonable consiste en que cada parte reciba su valor de amenaza más una porción igual del excedente cooperativo. Cada una de las partes de una negociación preferiría la regla de la ley que le otorgue el valor de amenaza mayor. Específicamente, el valor de amenaza del demandante, en una disputa sobre la propiedad, es por lo menos tan grande, cuando el remedio para el daño futuro es un mandato, como cuando el remedio es el pago de daños. En consecuencia, el demandante prefiere el remedio del mandato para el daño futuro o, mejor aún, el remedio del mandato para el daño futuro más el pago de los daños pasados. En cambio, el demandado prefiere el remedio de los daños futuros o, mejor aún, ningún remedio.

El efecto de la regla de la ley sobre la distribución del producto cooperativo puede calcularse precisamente para *E* y *L*. Imaginemos que *E* y *L* celebran negociaciones y, para mantener la aritmética simple, supongamos que la negociación de un arreglo o la litigación no cuestan nada para ninguna de las partes (¡trágate esto!). Los pagos no cooperativos —es decir, los beneficios que las partes pueden obtener por sí mismas si las negociaciones fracasan— aparecen en el cuadro IV.5 bajo cada una de las tres reglas. El excedente cooperativo, que es igual a la diferencia entre los beneficios conjuntos de la cooperación y los valores de amenaza, aparece en la columna del centro. Una solución de negociación razonable consiste en que cada parte reciba su valor de amenaza más la mitad del

excedente derivado de la cooperación. Las ganancias de las dos partes, derivadas de la cooperación, aparecen en las dos columnas del lado derecho del cuadro. Adviértase que en todos los casos las ganancias cooperativas suman 1 200, pero que *L* recibe la mayor participación bajo la regla del mandato judicial (regla 3), una participación intermedia bajo la regla del pago de daños (regla 2), y la participación menor cuando *E* tiene libertad para contaminar (regla 1).

PREGUNTA IV.12

En el ejemplo precedente, la ejecución de un mandato para terminar con la interferencia en el futuro le cuesta al demandado más que los daños por la interferencia futura. ¿Es este hecho generalmente cierto o sólo una característica especial del ejemplo?

C. *Remedios eficientes*

Dijimos antes que el mandato judicial es por lo general el remedio para la violación de un derecho de propiedad. Nos gustaría explicar esta generalización, así como sus excepciones, en términos de la eficiencia. El ejemplo anterior demostró que el pago de daños y los mandatos judiciales son remedios igualmente eficientes cuando los costos de transacción son nulos. En consecuencia, las diferencias en cuanto a su eficiencia deben depender de los costos de transacción. Si los costos de transacción son tan elevados que impiden la negociación, el remedio más eficiente será el pago de daños, no el mandato.

Podemos entender sin dificultad la razón por la cual el pago de daños es más eficiente que el mandato judicial cuando los costos de transacción impiden la negociación, a partir del ejemplo de la lavandería y la compañía de electricidad. Si el pago de daños compensa perfectamente a la lavandería, sus beneficios permanecerán iguales (específicamente, 300), independientemente de que la compañía de electricidad contamine o no. Por lo tanto, la lavandería se siente indiferente entre los remedios del pago de daños y el mandato (suponiendo que no hay negociación). En el caso del remedio del pago de daños, la compañía de electricidad puede contaminar y pagar daños, o puede abatir la contaminación y no pagar daños. Sus ganancias aumentan de 500 a 800 cuando contamina y paga daños, en lugar de abatir la contaminación. En cambio, un mandato judicial (sin negociación) elimina esta opción. Específicamente, el mandato obliga a la compañía de electricidad a abatir la contaminación, en cuyo caso sus beneficios son de 500. En general, cuando los costos de transacción impiden la negociación, un cambio de remedio, del mandato judicial al pago de daños, no empeora la situación de la víctima, mientras que el victimario puede estar en mejor situación y no puede estar en peor situación. En el ejemplo de la lavandería y la compañía de electricidad, un cambio coloca a la compañía eléctrica estrictamente en una mejor situación. Según el cuadro IV.5, la solución no cooperativa genera 800 para la compañía de electricidad bajo un remedio de pago de daños y 500 bajo un mandato judicial, mientras que la lavandería obtiene 300 en ambos casos.

Hemos explicado la superioridad del remedio del pago de daños cuando los costos de transacción son elevados. ¿Qué ocurrirá en el caso contrario? ¿Es el mandato el remedio superior cuando los costos de transacción son bajos? La respuesta tradicional, que explicaremos enseguida, es "sí". Ya antes señalamos que la negociación es más exitosa cuando los derechos legales de las partes son claros y simples. El mandato judicial es a menudo más claro y simple que el pago de daños, porque la determinación de los daños por parte de los tribunales puede resultar imprevisible. Por ejemplo, a un tribunal le resulta difícil asignar un valor monetario al daño causado por el satélite de Windsong que se acerca a la órbita del satélite de Orbitcom en el ejemplo 2. De igual modo, a un tribunal le resulta difícil asignar un valor monetario al daño causado por la intrusión de la casa de Pérez que invade medio metro del terreno de González en el ejemplo 5. En cambio, el derecho a un mandato otorga a las partes una posición clara para negociar. En el curso de la negociación, pueden establecer por sí mismas el valor de los daños. Por lo tanto, el argumento tradicional concluye que el remedio del mandato judicial es más eficiente que el pago de daños cuando las partes pueden negociar entre sí.

Hemos llegado a la conclusión de un artículo famoso del juez (y luego profesor) Guido Calabresi y de A. Douglas Melamed,[20] quienes propusieron las reglas siguientes para determinar el mejor remedio a la violación de un derecho legal:

> Cuando hay pocos obstáculos para la cooperación (es decir, bajos costos de transacción), el remedio más eficiente es un mandato judicial contra la interferencia del demandado con la propiedad del demandante.
>
> Cuando hay obstáculos para la cooperación (es decir, elevados costos de transacción), el remedio más eficiente es el pago de daños monetarios compensatorios.

Muchas disputas sobre la propiedad implican con frecuencia a un número pequeño de propietarios de terrenos contiguos. En tales circunstancias, los costos de la comunicación son obviamente bajos; las partes pueden monitorear el cumplimiento del acuerdo, y los vecinos pueden ver al otro a largo plazo, lo que limita el oportunismo y el comportamiento estratégico. En estas circunstancias, la negociación tenderá a triunfar y, de acuerdo con la prescripción anterior, el remedio habitual para la resolución de la mayoría de las disputas de propiedad es el mandato judicial, que de hecho es la ley.

Sin embargo, algunas disputas por la propiedad involucran a un gran número de partes. Entre mayor sea el número de las personas involucradas mayores serán los costos de su comunicación, el monitoreo se vuelve difícil y aumenta la probabilidad de que surja un comportamiento estratégico. Es improbable que

triunfe la negociación privada en las disputas que involucran a gran número de extraños geográficamente dispersos, como las disputas por molestias tales como la contaminación del aire o la pestilencia provenientes del comedero en el ejemplo 3. En estos casos, el remedio preferido en demandas por molestias con un gran número de personas es el pago de daños. En el capítulo V se explica que algunos tribunales se han apegado a este principio, pero otros no.

Las dos reglas precedentes constituyen la "prescripción tradicional" en el derecho y en la economía para escoger entre los remedios del pago de daños y del mandato judicial. En la mayoría de circunstancias la prescripción tradicional es suficiente, pero la consideración más cuidadosa de la información lo ha refinado. Cuando la actividad de una persona se desborda y afecta a otros propietarios, el tribunal necesita diferente información dependiendo de si el remedio es el pago de daños o el mandato judicial. Cuando los costos de transacción obstruyan la negociación, la creación de incentivos eficientes mediante la concesión de daños requiere que el tribunal determine el daño correctamente. Si el tribunal se equivoca al determinar el daño, el pago de daños será demasiado alto o demasiado bajo, lo que distorsionará los incentivos del causante. El capítulo VI explica este punto a detalle.

De otro modo, cuando los costos de transacción obstruyen la negociación, la creación de incentivos eficientes requiere que el tribunal sepa qué parte valora más el derecho con el fin de decidir entre un mandato judicial y no emitir mandato alguno.[21] Si la compañía eléctrica valora más el derecho a contaminar que lo que la lavandería valora el derecho a estar libre de contaminación, entonces el tribunal debe otorgar a la compañía eléctrica la autorización para contaminar y negar la petición de la lavandería de un mandato judicial. En cambio, si la lavandería valora más el derecho a estar libre de contaminación que lo que la compañía eléctrica valora el derecho a contaminar, entonces el tribunal debe conceder la petición de la lavandería de un mandamiento judicial en contra de la contaminación de la compañía eléctrica.

En resumen, cuando los costos de transacción obstruyen la negociación, lo que el tribunal debe hacer dependerá de lo que sepa. El tribunal debe conocer el valor absoluto de los daños causados por el desbordamiento a fin de proporcionar incentivos eficientes por un remedio de pago de daños. El tribunal necesita conocer el valor relativo del desbordamiento a fin de lograr la eficiencia mediante el remedio por mandato judicial. Ahora podemos reformular el mejoramiento de la primera prescripción:

> Cuando los costos de transacción impiden la negociación, el tribunal debería proteger el derecho a través de un remedio por mandato judicial si sabe cuál parte valora relativamente más el derecho (incluso si no sabe en lo absoluto cuánto valora el derecho cualquiera de las partes). En cambio, el tribunal debería proteger el derecho mediante un remedio de pago de daños si sabe

qué tanto valora absolutamente una de las partes el derecho (incluso si no sabe cuál parte valora relativamente más el derecho).

La segunda prescripción, conceder un mandato judicial cuando los costos de transacción bajos permiten la negociación, también debe reservarse en vista de los problemas de información. Esta prescripción asume que el intercambio voluntario de un derecho se produce más fácilmente cuando está protegido por un mandato judicial, debido a que éstos son más simples y más claros que los daños. Aunque esto suele ser cierto, no siempre es así. En la negociación, lo que importa son los costos, no la física. No importa qué tan claro sea el mandato judicial, el costo de cumplir con él puede no ser claro. Para lubricar la negociación, cada parte debe saber el valor de amenaza de la otra parte o el valor de hacerlo solo. Los mandatos judiciales no resuelven el problema de que la información privada acerca de los costos y los valores inhibe la negociación. Por ejemplo, el mandato judicial para que la compañía eléctrica deje de contaminar es claro, pero el costo de cumplimiento para la compañía eléctrica, que puede o no ser claro para la compañía eléctrica, no es claro para la lavandería.

La verdad es más ambigua de lo que el análisis tradicional sugiere. Con el remedio por mandato judicial, el obstáculo para un acuerdo privado incluye la incertidumbre de la parte demandante acerca de los costos de la parte demandada de cumplir con una orden judicial. En cambio, con el remedio de pago de daños, el obstáculo para un acuerdo privado incluye la incertidumbre de la parte demandada acerca del valor monetario de los daños del demandante.[22]

PREGUNTA IV.13

Utilice la teoría de los costos de transacción para explicar si los derechos siguientes deberían estar protegidos por el mandato judicial o el pago de daños:

a) El derecho de un terrateniente para excluir de su propiedad la línea de gas de un vecino.
b) El derecho del propietario de un automóvil nuevo de lograr que el vendedor cambie la transmisión defectuosa del automóvil.
c) El derecho del propietario de una casa a quedar libre de la contaminación del aire provocada por una fábrica cercana.
d) El derecho de un cónyuge a obtener la mitad de la casa tras un divorcio.

PREGUNTA IV.14

Supongamos que dos personas optan por litigar una disputa. ¿Debería presumir la ley que, si dos partes están dispuestas a litigar, los costos de transacción deben ser elevados, de modo que el tribunal debería optar por el pago de daños como remedio y no por el mandato judicial?

NOTA WEB IV.2

Recientemente ha habido una cantidad sorprendente de investigaciones acerca de la afirmación de Calabresi-Melamed sobre la eficiencia de los remedios. En nuestro sitio web analizamos buena parte de la literatura existente, incluido un examen de la literatura empírica acerca de que a la

expedición de mandatos por lo general le siguen negociaciones.

6. ¿Qué puede ser objeto de propiedad privada? Bienes públicos y bienes privados[23]

En esta sección abordaremos otra cuestión fundamental del derecho de la propiedad: ¿los derechos de propiedad deberían ser privados o públicos? En primer lugar, utilizaremos la distinción económica entre bienes públicos y bienes privados (desarrollada en el capítulo II) para diferenciar los recursos que se usarán con mayor eficiencia si éstos son de propiedad privada, de los recursos que se usarán con mayor eficiencia si son de propiedad pública.

La mayoría de los ejemplos de la propiedad que hemos discutido hasta ahora en este libro son lo que los economistas llaman "bienes privados". Los bienes que ellos describen como puramente privados tienen la característica de que el uso de una persona impide el uso por parte de otra: por ejemplo, cuando una persona se come una manzana, otras personas no pueden comérsela; unos pantalones pueden ser usados sólo por una persona a la vez; un automóvil no puede avanzar en dos direcciones diferentes al mismo tiempo, etc. Estos hechos se resumen a veces diciendo que hay rivalidad en el consumo de los bienes privados.

Lo opuesto es un bien puramente público, para el que no hay rivalidad en el consumo. Un ejemplo convencional de un bien público es el de la seguridad militar en la era nuclear. El hecho de proveer a un ciudadano de protección contra un ataque nuclear no disminuye la cantidad de protección que se ofrezca a otros ciudadanos.

Existe otro atributo que también distingue a los bienes privados de los bienes públicos. Una vez definidos los derechos de propiedad sobre los bienes privados, su ejecución resulta (relativamente) barata. En lo específico, el propietario puede excluir a otros del uso de tales bienes a un costo bajo. Por ejemplo, una granja puede cercarse a un costo relativamente bajo para evitar la invasión de ganado. Pero en el caso de los bienes públicos, resulta costoso excluir a cualquiera de su disfrute. Por ejemplo, es virtualmente imposible ofrecer cantidades diferentes de protección contra un ataque nuclear a diferentes ciudadanos.

Habiendo explicado la distinción de lo público y lo privado en la economía y en el derecho, ahora podremos relacionarlos entre sí. La relación es muy sencilla: la eficiencia exige que los bienes privados sean de propiedad privada y los bienes públicos sean de propiedad pública. En otras palabras, la eficiencia requiere que los bienes rivales y excluibles sean controlados por individuos o pequeños grupos de personas, mientras que los bienes no rivales y no excluibles sean controlados por un grupo grande de personas tal como el Estado. Por lo tanto, la distinción entre bienes privados y bienes públicos debería guiar la elaboración de reglas de propiedad para responder la pregunta: "¿Qué puede ser objeto de propiedad privada?"

Podemos explicar la idea central, no los detalles, de esta prescripción. Ya que

son rivales, los bienes privados pueden ser usados y consumidos por individuos, no disfrutados igualmente por todos. La eficiencia requiere que la parte que más lo valúe use y consuma cada bien privado. En un mercado libre ocurren intercambios hasta que cada bien queda en manos de la parte que lo valúe más. Por lo tanto, la ley puede lograr la asignación eficiente de los bienes privados; por ejemplo, reduciendo los costos de negociación mediante la asignación de derechos de propiedad claros y simples. Así, una vez que el Estado reconoce los derechos de propiedad privada, el dueño de un bien privado podrá excluir a otros del uso o consumo de ese derecho, excepto con el consentimiento del dueño. La facultad del dueño para excluir canaliza el uso o consumo de bienes privados hacia el intercambio voluntario, lo que promueve el uso eficiente de tales bienes. Éste es un ejemplo de la "lubricación de la negociación".

En cambio, el carácter técnico de los bienes públicos impide el uso de la negociación para el logro de la eficiencia. Por ejemplo, supongamos que cierta manzana de la ciudad está plagada de delincuentes, de manera que algunos residentes proponen contratar a un guardia privado. Muchos residentes contribuirían voluntariamente al sueldo del guardia, pero supongamos que algunos se niegan a contribuir. Los residentes que pagan podrían instruir al guardia para que no ayude a quienes no pagan en el evento de un asalto. Aun así, la presencia del guardia en la calle la hará más segura para todos, porque es improbable que los asaltantes sepan quién ha pagado y quién no ha pagado los servicios del guardia. En estas circunstancias, no hay mucho que puedan hacer quienes pagan para obligar a quienes no lo hacen.

Se les llama "gorrones" *(free riders)* a quienes no pagan su consumo de un bien público. Para apreciar este concepto, imaginemos que un tranvía tiene instalado un medidor eléctrico y que, para hacer que el tranvía se mueva, los pasajeros deben depositar dinero en el medidor. Los pasajeros advertirán que quienquiera que pague proveerá un viaje gratis a todos los demás. Es posible que algunos pasajeros depositen en el medidor todo el dinero necesario, algunos depositarán algo de dinero, pero no el total, y algunos no depositarán nada. Debido a los "gorrones", no se depositará suficiente dinero en el medidor, de modo que la compañía de tranvías proveerá menos tranvías que los requeridos por la eficiencia. En general, los mercados proveen demasiado poco de un bien público porque el proveedor privado no puede excluir a los usuarios que no pagan su porción de los costos.

Hemos explicado que los bienes privados, que exhiben rivalidad y exclusión, deben ser de propiedad privada, y que los bienes públicos, que exhiben no rivalidad y no exclusión, deben ser de propiedad pública. Ilustraremos esta proposición en relación con la tierra. Algunos usos eficientes de la tierra se realizan en un área pequeña y afectan a un número reducido de personas, como ocurre con la construcción de una casa o con el cultivo de maíz. "Vivienda" y "maíz" son bienes rivales con costos de exclusión bajos, de modo que los

mercados se forman con facilidad para la vivienda y el grano. otros usos eficientes de la tierra se realizan en un área grande y afectan a un gran número de personas. Por ejemplo, el uso de un espacio aéreo no congestionado por los aviones o el uso de los mares profundos por los barcos no son rivales y la exclusión es costosa. Por lo tanto, el espacio aéreo y los mares profundos son bienes públicos. A medida que el congestionamiento aumenta por el incremento de aviones y barcos, los gobiernos imponen reglas al uso del espacio aéreo y el mar.

Éstos son ejemplos de bienes privados de propiedad privada y de bienes públicos de propiedad pública, tal como lo requiere la eficiencia. Sin embargo, hay muchos ejemplos de bienes privados de propiedad pública. La propiedad pública de un bien privado por lo general conduce a una mala asignación, es decir, que el bien privado lo usa o consume alguien distinto de la persona que lo valúa más. Por ejemplo, los arrendamientos para que el ganado paste en tierras públicas pueden otorgarse a los amigos de los políticos. De igual modo, los funcionarios que administran los arrendamientos pueden dejar de vigilar el cumplimiento para impedir la explotación excesiva, y los ganaderos que explotan en exceso la tierra pueden erosionarla. Gran parte del impulso de la "desregulación", que fue un movimiento mundial en el decenio de 1990, ha provenido de la toma de conciencia de que gran parte de la actividad gubernamental se ejerce sobre bienes privados cuyos mercados deberían ser lubricados, en lugar de que el gobierno intervenga directamente en el proceso de asignación. Por ejemplo, la conciencia de que la transportación por ferrocarril, avión y barco es un servicio privado que deberían proveer los mercados libres ha conducido al desmantelamiento de la Comisión de Comercio Interestatal, la Junta de Aeronáutica Civil y otras agencias reguladoras en los Estados Unidos.

Podemos contrastar la propiedad privada y la pública en términos de los costos de transacción. La propiedad privada impone varios costos de transacción en la ejecución y el intercambio privados. La propiedad pública impone costos de transacción en el área de la administración pública y la toma de decisiones colectivas. Para ilustrar la diferencia, consideremos dos procedimientos posibles para controlar la contaminación del aire generada por una fábrica. El enfoque de la propiedad privada consiste en otorgar a cada propietario el derecho a disfrutar de aire limpio, protegido por el remedio del pago de daños compensatorios. Este método ocasionará que muchos terratenientes demanden por el pago de daño o negocien un arreglo extrajudicial. En cambio, el enfoque de la propiedad pública declararía que el aire limpio es un bien público y asignaría la tarea de controlar la calidad del aire a una agencia gubernamental. Este método conducirá a la negociación política y las regulaciones, así como a la mala asignación de los recursos. Desde esta perspectiva, la elección entre propiedad privada y propiedad pública debería depender de que los costos de la ejecución y el intercambio privados sean mayores o menores que los costos de la administración pública y la

negociación política.

En el capítulo siguiente continuaremos desarrollando estos temas mediante la discusión de dos interrogantes importantes: ¿para cuáles recursos específicos es más eficiente la propiedad privada que la propiedad pública o comunal, y viceversa?, y ¿en cuáles circunstancias debería permitirse que el gobierno tome la propiedad privada de los ciudadanos?[24]

PREGUNTA IV.15

Si todos tienen acceso gratuito a una playa pública, ¿quién tiene el poder de controlar el uso de este recurso?

PREGUNTA IV.16

Discuta cómo podrían ajustarse los derechos de propiedad privada y de propiedad pública para promover el ecoturismo en África.

7. ¿QUÉ PUEDEN HACER LOS DUEÑOS CON SU PROPIEDAD?

Ya antes utilizamos la teoría de los bienes privados y los bienes públicos para contestar esta pregunta: "¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada?" Muy relacionada con la teoría de los bienes públicos se encuentra la teoría de las externalidades que analizamos en el capítulo II. Ahora volvemos a utilizar esa teoría para responder la siguiente pregunta: "¿Qué pueden hacer los dueños con su propiedad?"

La legislación impone muchas restricciones a lo que una persona puede hacer con su propiedad. Pero en el derecho común hay relativamente pocas restricciones, pues la regla general es que se permite cualquier uso que no interfiera con la propiedad o con los derechos de otros. En efecto, podríamos decir que el derecho común se aproxima a un sistema legal de máxima libertad, lo que permite que los dueños hagan con su propiedad cualquier cosa que no interfiera con la propiedad o los derechos de otras personas. La restricción de la no interferencia encuentra su justificación en el concepto económico del costo externo. Recuérdese que los costos externos son los costos que una persona impone a otra involuntariamente. En virtud de que las transacciones de mercado son voluntarias, las externalidades quedan fuera del sistema de intercambio de mercado, y de ahí su nombre. Por ejemplo, una fábrica que emite humos espesos, pesados, sobre una colonia residencial, está generando una externalidad. En el ejemplo 3, al principio de este capítulo, la pestilencia proveniente del comedero de ganado es una externalidad que interfiere con que Foster disfrute de su casa. En el ejemplo 4, el hecho de que Bloggs drene el pantano interferirá con que parte del pueblo disfrute de sus ríos y corrientes. Adviértase que estos tipos de interferencias se parecen a un bien público por cuanto afectan a muchos propietarios. Por decirlo así, no hay rivalidad o exclusión de oler la pestilencia del comedero entre Foster y sus vecinos. Estas

formas de interferencia son, por tanto, como un bien público, excepto que son malas antes que buenas.

Ya hemos explicado por qué no pueden surgir mercados para la provisión eficiente de bienes públicos. El mismo conjunto de consideraciones explica que la negociación privada no pueda resolver el problema de las externalidades, o de los males públicos, como las llamamos en una sección anterior. Por ejemplo, supongamos que Foster tiene suficiente dinero para pagarle al dueño del comedero a cambio de que deje de emitir su pestilencia. Si Foster hiciera este arreglo privado con él, todos sus vecinos se beneficiarían también pero sin tener que pagar por ese beneficio. Esto sugiere que Foster no ha de pagar al comedero para que suspenda sus actividades pestilentes. Dicho de manera más general, el problema del gorrón impide las soluciones de negociación privada para el problema de las externalidades o los males públicos. Se requiere alguna forma de intervención legal. Una posibilidad sería una regla que prohíba la invasión involuntaria, apoyada por la disposición de remedios en el caso de que ocurra esa invasión. Ya hemos visto cómo la teoría de la negociación puede ayudar a diseñar un procedimiento para ese remedio: el pago de daños monetarios compensatorios. Otro remedio que consideraremos en el capítulo siguiente es que una oficina administrativa regule el mal público o la actividad generadora de un costo externo.

En cambio, los males privados pueden corregirse mediante acuerdos privados (recuérdese el ejemplo del ganadero y el agricultor), de modo que quizá no haya necesidad de una solución legal intrusa. Por el contrario, los tribunales pueden estar preparados para expedir un mandato judicial, confiando en que raras veces tendrán que hacerlo.

8. Sobre la distribución

Hemos elaborado una teoría económica de la propiedad basada en la propiedad eficiente. Sin embargo, algunos críticos de la economía creen que el derecho de la propiedad debería basarse en la distribución y no en la eficiencia.

Algunos creen que el gobierno debería redistribuir la riqueza de los ricos a los pobres en aras de la justicia social, mientras que otros creen que el gobierno debería abstenerse de redistribuir la riqueza, permitiendo que los individuos reciban todos los beneficios de su trabajo arduo, ingenio, toma de riesgos y la selección inteligente de los padres. Como el resto de la población, los economistas no se ponen de acuerdo sobre los fines de la redistribución. Sin embargo, en general sí están de acuerdo por lo que toca a los medios de la redistribución.

Teniendo en cuenta el fin de la redistribución, en general los economistas prefieren buscarla por los medios más eficientes. Por cada dólar del valor que se transfiere de un grupo a otro, una fracción de éste se emplea habitualmente en los gastos administrativos, por ejemplo. El medio más eficaz de redistribución

emplea el valor mínimo para llevar a cabo la transferencia. En el capítulo I se ilustró este hecho mediante el ejemplo del helado derritiéndose durante su traslado a través del desierto de un oasis a otro. Otro ejemplo es el porcentaje de donaciones que gasta una organización benéfica en costos administrativos. Muchos economistas creen que las metas redistributivas pueden alcanzarse de manera más eficiente en los Estados modernos a través de la tributación progresiva que a través de la redistribución de los derechos de propiedad. Además de evitar el despilfarro, la redistribución más eficiente genera un mayor apoyo de las personas que deben pagar por ello. Si los economistas están en lo cierto, la redistribución de la justicia social debería centrarse, sobre todo, en la tributación y el gasto, mas no en los derechos de la propiedad.

Hay varias razones por las que la tributación progresiva y el gasto suelen ser más eficientes que la redistribución de los derechos de la propiedad para lograr la redistribución. La forma más excesiva de redistribuir la riqueza es que en los tribunales se decidan los juicios en favor del demandante o del demandado dependiendo de quién sea más pobre. Si los tribunales favorecen a la parte más pobre en las controversias jurídicas, las personas preferirán evitar la interacción con las personas relativamente más pobres cada vez que exista la posibilidad de que surja una demanda. Así, un individuo podría no querer ser propietario de un bien inmueble en un vecindario habitado por personas más pobres que éste. Asimismo, favorecer a la parte más pobre en una disputa contractual hace que un individuo esté renuente a hacer negocios con alguien más pobre que él.

Existen muchas razones para que la tributación sea superior al derecho de la propiedad como un medio para la redistribución. Primero, el impuesto al ingreso ataca precisamente la desigualdad, mientras que el derecho de la propiedad utiliza promedios imprecisos. Por ejemplo, supongamos que la regla de derecho en un condado particular de Montana es la de "los derechos de los ganaderos". Si, en promedio, los ganaderos son más ricos que los agricultores en este condado, cambiar la regla "los derechos de los agricultores" redistribuiría la riqueza hacia una mayor igualdad. Pero, aunque los ganaderos son más ricos que los agricultores en promedio, algunos agricultores son indudablemente más ricos que algunos ganaderos. El cambio de los derechos de propiedad para favorecer a los agricultores frente a los ganaderos agravará la desigualdad entre los agricultores ricos y los ganaderos pobres. En cambio, la tributación progresiva aliviará la desigualdad de los ingresos.

Otra objeción dice que la redistribución de los derechos de propiedad podría no tener realmente los efectos distributivos esperados. Por ejemplo, supongamos que tanto los agricultores como los ganaderos rentan su tierra a propietarios ausentes. Si el derecho de la propiedad desplaza el costo de las cercas, de los agricultores a los ganaderos, la competencia entre los terratenientes podría llevarlos a ajustar las rentas para contrarrestar el cambio ocurrido en los costos. Específicamente, los terratenientes propietarios de tierras agrícolas aumentarán

la renta que cobran a los agricultores, y los terratenientes propietarios de tierras ganaderas disminuirán la renta que cobran a los ganaderos. En consecuencia, la redistribución de los derechos de propiedad no afectará la distribución de la riqueza entre agricultores y ganaderos. Por el contrario, los terratenientes propietarios de tierras agrícolas ganarán y los terratenientes propietarios de tierras ganaderas perderán. En general, todo cambio del valor de la tierra se "capitaliza" en forma de rentas. En consecuencia, los efectos de riqueza de redistribuir los derechos de propiedad en un mundo donde los costos de transacción son nulos, tenderán a recaer sobre los propietarios de la tierra, no sobre sus usuarios.[25]

Además, existe otra razón que explica la relativa ineficiencia de la redistribución mediante el derecho de la propiedad. Esa redistribución distorsiona la economía en mayor medida que la tributación progresiva en el largo plazo. Por ejemplo, si el derecho de la propiedad favorece a los agricultores frente a los ganaderos, algunos ganaderos ricos podrían cambiarse a la agricultura para ganar valiosos derechos legales. En cambio, un impuesto amplio al ingreso impide que los individuos reduzcan su carga fiscal cambiando la fuente de su ingreso.[26] Por estas y otras razones, los economistas que están a favor de la redistribución y los que no lo están bien pueden convenir en que el derecho de la propiedad es, por lo general, el camino errado para buscar la justicia distributiva. Desafortunadamente, estos hechos no son apreciados por muchos abogados que no han estudiado economía.[27]

Hemos presentado varias razones en contra de que el derecho de la propiedad se base en metas redistributivas. Específicamente, discutimos la orientación imprecisa, las consecuencias imprevisibles, los elevados costos de transacción y las grandes distorsiones de los incentivos. Si bien los principios generales del derecho de la propiedad no pueden descansar en la redistribución de la riqueza, ciertas leyes de redistribución especiales pueden disminuir estas objeciones y aminorar esta crítica. Por ejemplo, las leyes que obligan a los empleadores a construir edificios que provean acceso a las personas en sillas de ruedas. Si se diseñan correctamente, estas leyes podrán dirigirse con precisión hacia las personas discapacitadas en una forma previsible; el cumplimiento por parte de la acción legal privada puede ser barato y la distorsión de los incentivos puede ser moderada. Sin embargo, el diseño de tales leyes para obtener estos resultados deseables requiere una atención a la economía subyacente más cuidadosa que la mostrada de ordinario por los reguladores.

Conclusión

La propiedad es un conjunto de derechos con efectos incentivadores. Los derechos de propiedad eficientes crean incentivos para maximizar la riqueza de una nación a través de dos maneras distintas. Primero, los derechos de propiedad

son la base legal del intercambio voluntario, lo cual logra la eficiencia de asignación al movilizar los recursos de las personas que los valúan menos a las personas que los valúan más. Segundo, los derechos de propiedad son la parte del derecho que hace que el propietario internalice los costos y los beneficios sociales del uso alternativo de sus recursos. Los propietarios alcanzan la eficiencia productiva al equilibrar los costos y beneficios sociales del uso que hacen de sus posesiones.

LECTURAS RECOMENDADAS

Bell, Abraham y Gideon Parchomovsky, "A Theory of Property", *Cornell Law Review*, vol. 90, 2005, p. 531.

Calabresi, Guido, "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further", *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 1043.

Cooter, Robert, "The Cost of Coase", *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982, p. 1. Ellickson, Robert D., "Property in Land", *Yale Law Journal*, vol. 102, 1993, p. 1315.

———, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

Lueck, Dean y Thomas Miceli, "Property", en A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell (comps.), *Handbook of Law and Economics*, vol. 1, North-Holland, Ámsterdam, 2007.

Merril, Thomas W. y Henry E. Smith, "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerous Clausus Principle", *Yale Law Review*, vol. 110, 2000, p. 1.

———, "What Happened to Property in Law and Economics?", *Yale Law Review*, vol. 111, 2001, p. 357.

Polinsky, A. Mitchell, "Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies", *Stanford Law Review*, vol. 32, 1980, p. 1075.

APÉNDICE. EL CONCEPTO FILOSÓFICO DE LA PROPIEDAD

En general, los filósofos perciben la propiedad como un instrumento para la búsqueda de valores fundamentales. Algunos filósofos de la propiedad se han concentrado en su capacidad para promover valores tales como la utilidad, la justicia, la autoexpresión y la evolución social. Estas tradiciones del pensamiento han influido sobre el derecho. Este apéndice introduce al lector a cuatro de estas tradiciones y las relaciona con el análisis económico de la propiedad.

1. UTILITARISMO

Los utilitarios miden el valor de un bien o un acto por el placer o la satisfacción

que crea en términos netos. Para los utilitarios, el propósito de la institución de la propiedad es la maximización del placer o la satisfacción totales que se obtienen de los recursos materiales o de otras clases. En consecuencia, Bentham define la propiedad como una expectativa de utilidad: "La propiedad no es más que una base de esperanza: la esperanza de obtener ventajas de una cosa, que decimos poseer, en consecuencia de la relación en la que nos encontramos respecto de ella".[28] El objetivo de maximizar la utilidad total constituye un criterio para la evaluación de las reglas de la propiedad. En nuestros ejemplos al principio del capítulo, cada una de las disputas podría resolverse con argumentos utilitarios, estableciendo una regla legal que trate de maximizar la suma de las utilidades o del placer de la sociedad en conjunto.

El enfoque utilitario vuelve tentador el derecho de propiedad de una persona. En principio se le puede arrebatar si los beneficiarios de la expropiación ganan una mayor utilidad que la que pierde el propietario. Supongamos, por ejemplo, que un hijo joven vive con sus padres ancianos en su casa. Por razones utilitarias, el joven podría ser excusado si arroja de la casa a sus padres porque la pérdida de utilidad de los padres despojados es menor que la ganancia de utilidad del hijo que se queda con la casa. Los críticos del utilitarismo se han preguntado a menudo si la teoría no vuelve a la propiedad demasiado tentadora. ¿No es la propiedad algo más que una esperanza? ¿Creemos realmente que una persona podría verse justamente privada de su propiedad sólo porque la pérdida se compensa con creces por la ganancia de otros?

Esta objeción contra la teoría utilitaria de la propiedad se aplica con igual vigor a la teoría económica convencional que sostiene que el propósito de la propiedad es la maximización de la riqueza. ¿No es la propiedad algo más que un derecho a una corriente de ingresos? ¿Creemos realmente que una persona podría ser justamente privada de su propiedad sólo porque la pérdida de riqueza es contrarrestada con creces por el aumento de la riqueza de otros?

2. Justicia distributiva

Otro enfoque filosófico para el derecho de la propiedad destaca la capacidad de tal derecho para alcanzar la justicia distributiva, antes que el placer o la satisfacción. Por ejemplo, Aristóteles sostuvo que un concepto de justicia distributiva está implícito en diversas formas de la organización social. Para Aristóteles, el principio de la justicia es distinto en sociedades diferentes, pero es apropiado que cada tipo de sociedad promueva su propio concepto de justicia distributiva mediante su constitución y sus leyes, incluida su noción de los derechos de propiedad. Sostenía que una democracia favorecería una distribución igualitaria de la riqueza, mientras que una aristocracia (la forma preferida por Aristóteles) favorecería la distribución de la riqueza de acuerdo con las virtudes de las diversas clases. En el concepto de Aristóteles, es justo que los aristócratas

reciban una porción desigual de la riqueza porque la utilizan para fines más meritorios que otros individuos.

A partir del concepto aristotélico de la igualdad democrática, podríamos inferir una política pública de justicia redistributiva mediante la cual se redistribuyan periódicamente los activos valiosos de la sociedad para alcanzar una distribución aproximadamente igualitaria de esa propiedad. En general, esta clase de redistribución favorecería a los pobres y perjudicaría a los ricos. Por otra parte, de la justificación aristotélica de la desigualdad aristocrática podríamos inferir la política totalmente contraria de la justicia redistributiva mediante la cual se redistribuirían periódicamente los activos de la sociedad en favor de los aristócratas. En tanto la aristocracia y los ricos se encuentran en el mismo grupo, esta redistribución de la propiedad favorecería a los ricos y castigaría a los pobres. En cualquier caso, estas nociones de la justicia distributiva consideran los derechos de propiedad tan tentadores como lo eran bajo el utilitarismo y, por lo tanto, son susceptibles a las mismas críticas.

Otra escuela del pensamiento filosófico referente a la justicia distributiva y la propiedad que destaca un proceso justo para definir y aplicar los derechos de propiedad, antes que un resultado o fin justo, es la distribución de la riqueza mediante la propiedad.[29] De acuerdo con una versión de esta teoría, cualquier distribución de la riqueza es justa con la condición de que parta de una distribución inicial justa de los recursos y alcance la distribución final mediante el intercambio voluntario. En la práctica, esto significa que el proceso del intercambio voluntario en el mercado es justo y que los derechos de propiedad se establecen y aplican con mayor justicia en un mercado libre donde haya una competencia libre y perfecta. Nozick reformuló memorablemente el lema de Marx: "De cada quien como escoja; a cada quien como lo escojan". Cualquier distribución de la riqueza que derive de este proceso justo será también justa. Por lo tanto, de acuerdo con esta teoría, es injusta la redistribución de la propiedad para diluir los efectos de la competencia.

Se han formulado varias críticas contra esta noción de la justicia distributiva. La más aguda de tales críticas dice que el proceso competitivo puede generar una multitud de resultados distributivos, desde uno en el que cada individuo tenga una participación igual hasta otro en el que un individuo tenga 99% de la propiedad y todos los demás se dividan el restante 1%. Todos los resultados son eficientes. Pero queda claro que no todos son equitativos o justos. La noción del proceso competitivo como justicia distributiva no es una guía suficiente para el diseño de las reglas del derecho de la propiedad. Por lo menos, debería de haber un criterio adicional independiente para evaluar las diversas dotaciones iniciales de la propiedad.

3. Libertad y autoexpresión

Además de la utilidad y la justicia distributiva, otro valor que puede encontrarse detrás del derecho de la propiedad es el de la libertad. La propiedad privada es una condición necesaria para los mercados, los cuales constituyen un mecanismo descentralizado para la asignación de los recursos. La mayoría de los mercados operan sin gran interferencia o supervisión gubernamentales. La alternativa práctica para los mercados en la economía moderna es alguna forma de la planeación gubernamental. La planeación gubernamental implica que el poder sobre cuestiones económicas se centralice en manos de funcionarios estatales. El control de la vida económica otorga a los funcionarios una influencia que puede emplearse para controlar otros aspectos de la vida, mientras que la propiedad privada crea una zona de discreción dentro de la cual los individuos no tienen que rendir cuentas a los funcionarios gubernamentales. En consecuencia, algunos filósofos han considerado la propiedad privada como un baluarte contra la autoridad dictatorial de los gobiernos.[30] Por ejemplo, se ha sostenido que el capitalismo fue inventado deliberadamente para destruir el absolutismo privando al rey de poder económico. Es probable que la Constitución de los Estados Unidos de América se haya redactado teniendo esta idea en mente.

Otra conexión entre la propiedad y la libertad se concentra en la autoexpresión individual. Hegel destacó la idea de que los individuos, con sus obras, transforman la naturaleza en una expresión de la personalidad, y al hacerlo así perfeccionan al mundo natural. Un pintor toma materiales sin ningún orden particular y los reordena en una obra de arte. Invirtiendo su personalidad en la obra, el artista transforma objetos naturales y los convierte en objetos propios del artista. Resulta difícil imaginar un sistema de derecho de la propiedad que no reconociera este hecho. Por lo tanto, a fin de alentar la autoexpresión, el Estado debe reconocer los derechos de propiedad de los creadores sobre sus creaciones. Adviértase que esta proposición se extiende más allá del arte, a la mayoría de las obras de los seres humanos.

4. Conservadurismo y origen de la propiedad

Las teorías filosóficas discutidas hasta ahora tienden a considerar la institución de la propiedad al servicio de valores máximos tales como la utilidad, la justicia distributiva o la libertad. Otra tradición filosófica no se concentra en los propósitos de la propiedad sino en su origen. Por ejemplo, en la época medieval había muchos obstáculos y restricciones al uso y la venta de tierras. El derecho común de la propiedad privada surgió del feudalismo y adquirió su carácter moderno desmenuzando estos obstáculos mediante el mercado de la propiedad real. Algunos conservadores políticos como Burke y Hayek idealizaron formas del orden social que, como el derecho común de la propiedad, evolucionaron a lo largo del tiempo de una forma muy similar al de las numerosísimas especies de la vida. Al igual que los organismos, las formas sociales están sujetas, en esta

concepción, a las reglas de la selección natural. Los filósofos conservadores condenan las instituciones que nos imponen los planeadores, los ingenieros, los políticos y otros tomadores de decisiones sociales por razones muy similares a las que esgrimen los ambientalistas para condenar las acciones que interfieren con el ambiente de un área.

V. TEMAS DE LA ECONOMÍA DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD

EN EL capítulo anterior elaboramos una teoría económica de los derechos de propiedad y de los remedios. Vimos que el derecho de la propiedad crea un conjunto de derechos que los dueños de propiedades pueden ejercer con toda libertad, sin interferencia del Estado o de particulares. A esta libertad corresponde un sistema de asignación por medio del intercambio voluntario. El derecho de la propiedad promueve el intercambio voluntario ya que elimina los obstáculos de la negociación. Cuando son escasos los obstáculos de la negociación, los recursos se asignarán eficientemente. Utilizamos ese marco y esa teoría económica para contestar las cuatro preguntas siguientes que debe abordar una teoría del derecho de la propiedad:

1. ¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada?
2. ¿Cómo se establecen los derechos de propiedad?
3. ¿Qué pueden hacer los dueños con su propiedad?
4. ¿Qué remedios existen para la violación de los derechos de propiedad?

A fin de contestar la primera pregunta, distinguimos entre los bienes privados y los bienes públicos, y sostuvimos que los primeros deberían ser de propiedad privada. La propiedad privada es adecuada cuando hay rivalidad y exclusión en el uso de los bienes. A fin de responder la segunda pregunta, presentamos un experimento mental para ilustrar cómo el derecho de la propiedad fomenta la producción, desalienta el robo y reduce el costo de protección de los bienes. De acuerdo con este experimento mental, los individuos aceptan establecer derechos de propiedad a fin de compartir los beneficios derivados de una mayor productividad. Respondimos la tercera pregunta elaborando la teoría de las externalidades, en particular la conexión existente entre los males públicos en la teoría económica y las molestias en el derecho. Indicamos que el derecho común se aproxima a un sistema de libertad máxima, que permite que el dueño haga cualquier uso de su propiedad siempre y cuando no interfiera con la propiedad de otros individuos o sus derechos protegidos. Para responder la cuarta pregunta, utilizamos la teoría de la negociación y concluimos que el remedio del mandato judicial es preferible para los males privados con bajos costos de transacción para la negociación privada. En cambio, se prefiere el remedio del pago de daños para los males públicos con altos costos de transacción que impiden la negociación privada.

Las respuestas presentadas en el capítulo anterior son muy generales. En este capítulo reexaminamos estas interrogantes en detalle, con aplicaciones

concretas. Los temas se organizan aproximadamente de acuerdo con las cuatro preguntas fundamentales del derecho de la propiedad.

1. ¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada?

La distinción económica entre bienes públicos y bienes privados caracteriza a dos tipos ideales. Aunque la realidad nunca es ideal, al comprender estos tipos ideales se entienden mejor las leyes que gobiernan a los bienes reales. En esta sección analizaremos la aplicación del derecho de la propiedad a la información, la que tiene algunos rasgos de bien público. Cuatro áreas principales del derecho crean la propiedad en la información y reciben el nombre de "derecho de la propiedad intelectual". El sistema de patentes establece derechos de propiedad para los inventos, los procesos y otros avances técnicos. El sistema de propiedad intelectual *(copyright)* otorga derechos de propiedad a los autores, los artistas y los compositores. El sistema de marcas comerciales *(trademarks)* establece la propiedad de marcas o símbolos comerciales distintivos que identifican únicamente la producción de un individuo o de una organización. El área del derecho conocida como secretos comerciales se ocupa de las prácticas mercantiles donde las empresas mercantiles tienen un interés propietario. (Discutiremos brevemente los secretos comerciales enseguida, y más extensamente en nuestro sitio web.) Una vez que hayamos comentado sobre la economía de la información, examinaremos su aplicación al derecho de patentes, de propiedad intelectual y de marcas comerciales. Luego pasaremos a una sección nueva sobre la propiedad de las organizaciones, específicamente de las corporaciones.

A. *Economía de la información*

Hace 5 000 años la gente dormía bajo techos de paja, se cubría con pieles y ataba piedras afiladas a los palos para lanzárselas a los animales. Un indio americano, amigo del profesor Cooter, decía: "Mi padre vivió en la edad de piedra, yo crecí en la edad de hierro, y moriré en la era de las computadoras". Las innovaciones técnicas que impulsaron estos cambios se han acelerado. Desde la Revolución industrial, la innovación ha hecho que la riqueza aumente a tasas compuestas. Calculada hace más de un siglo, la tasa de crecimiento anual de 2% aumenta la riqueza en más de seis veces; una tasa de crecimiento anual de 5% aumenta la riqueza en más de 130 veces, y una tasa de crecimiento anual de 10% aumenta la riqueza en casi 14 000 veces.

Esta sección aborda algunas leyes que promueven la innovación y generan crecimiento compuesto. Para entender cómo afectan el crecimiento estas leyes, primero debemos explicar la economía básica de las innovaciones, empezando por los efectos de la innovación en el bienestar. La innovación económica ofrece una manera mejor de hacer algo o de algo mejor que hacer. Una mejor manera

de hacer algo reduce su costo, por lo que la curva de la oferta se desplaza hacia abajo y a la derecha. Este cambio hace que el precio del bien disminuya para los consumidores. El monto de su beneficio se mide por el aumento del excedente de los consumidores en el mercado del bien más barato. Asimismo, encontrar algo mejor que hacer crea un nuevo bien que los consumidores comprarán.

Los consumidores se benefician de la caída en el precio de un bien que compran o de la introducción de uno nuevo. Además, las innovaciones pueden hacer que aparezca, desaparezca o se reestructure toda una industria. Sólo los historiadores recuerdan el American Ice Trust, que fue una de las corporaciones más grandes de los Estados Unidos en 1900. Cuando cambian los salarios y el empleo, la innovación altera las comunidades, por lo que algunos crecen y otros se extinguen. La mecanización de la agricultura en los Estados Unidos vació el campo a principios del siglo XX y dejó edificios abandonados en los pueblos pequeños. Aunque muchos trabajadores agrícolas se trasladaron a la ciudad por los salarios más altos, un labrador con un equipo de caballos que se quedara en el campo encontraría pocos empleadores que valoraran su habilidad. En Europa la Revolución industrial echó fuera de los centros de poder político a los nobles con grandes propiedades. De manera atinada, Joseph Schumpeter llamó a la innovación "destrucción creativa".

La mayoría de las sociedades valoran más los beneficios de un crecimiento más acelerado de lo que temen sus efectos destructivos. El derecho de propiedad puede contribuir a asegurar un rápido crecimiento económico. Para entender por qué, debemos pasar de los consumidores y de los trabajadores a las empresas. Una empresa que innova gana una ventaja competitiva, que crea beneficios extraordinarios inmediatamente. Los beneficios extraordinarios recompensan al innovador por los recursos y el esfuerzo dedicados a tan arriesgada actividad. Sin embargo, a largo plazo la competencia hace que la innovación se difunda y muchas empresas hacen uso de ella. Cuando la innovación se difunde completamente, el innovador pierde su ventaja competitiva y sus ganancias caen al nivel ordinario. Cuando la difusión se ha completado, la economía alcanza un nuevo equilibrio cuyos beneficios se esparcen aún más que la innovación.

En el periodo de vigencia de una innovación, ésta provoca un desequilibrio y el innovador obtiene beneficios extraordinarios, siempre y cuando persista. Así, la recompensa para la innovación depende de cuánto tiempo persista el desequilibrio. Un rápido movimiento hacia el equilibrio recompensa poco al innovador por los recursos que invirtió y el riesgo asumido. Sin la intervención legal, la competencia puede destruir rápidamente los beneficios de la innovación, lo que se traduce en muy poca innovación.

Para entender por qué, debemos comprender algunos elementos de la economía de la información. Toda persona que posea un televisor o una computadora compra información, pero la información difiere de otros bienes como las naranjas o las navajas de rasurar. ¿Qué problema especial existe para

definir los derechos de propiedad y establecer mercados de información? La información tiene dos características que hacen que las transacciones de este tipo sean diferentes de las transacciones con bienes privados ordinarios. La primera de tales características es la de la *credibilidad*, que analizaremos principalmente en el capítulo IX. La segunda característica, que comentaremos ahora, es la de la *imposibilidad de la apropiación*. Producir la información cuesta mucho, pero su transmisión cuesta relativamente poco.

Un ejemplo: la producción de la música popular es costosa y grabar las copias es barato. En el instante en que el productor vende información al comprador, ese comprador se convierte en un competidor potencial del productor original. Por ejemplo, cuando alguien compra un disco compacto en una tienda de música, el comprador podrá copiar el disco inmediatamente y revenderlo a otros. Además, el revendedor sólo asume el costo de transmisión, no el de producción. Por lo tanto, los revendedores que pagan por la transmisión superan a los productores que pagan por la producción. Los consumidores tratan de "gorronear" pagando sólo el costo de transmisión.

El hecho de que los productores tengan dificultades para vender información por una fracción de su valor se llama el problema de la imposibilidad de la apropiación. Por ejemplo, las tiendas de Hong Kong revenden tradicionalmente programas de cómputo estadunidenses al costo de un disquete. Los productores utilizan diversos artilugios para tratar de proteger sus productos contra la apropiación, como escribir programas informáticos que son difíciles de copiar. (En la industria esto se llama "gestión de derechos digitales".) Pero hay un truco para cada programa que impide la copia.

Consideremos la conexión existente entre la imposibilidad de la apropiación y los bienes públicos. La información contiene ideas. El hecho de que una persona use una idea no disminuye su disponibilidad para el uso de otros. Por lo tanto, la información es no rival. Puede resultar caro excluir a algunas personas del contacto con una idea nueva, porque la transmisión de ideas es muy barata. Por lo tanto, la información es no excluible. Éstas son las dos características de los bienes públicos identificadas en el capítulo II. La imposibilidad de la apropiación de la información es esencialmente el mismo problema que el de la no exclusión de los bienes públicos.

En virtud de estos problemas, los mercados privados proveen con frecuencia una cantidad insuficiente de bienes públicos. De igual modo, los economistas que desarrollaron la economía de la información original concluyeron que un mercado privado proveería menos que la cantidad de información eficiente. Estas consideraciones teóricas sugieren que un mercado no regulado proveerá una cantidad insuficiente de obras creativas que incorporan ideas, tales como la ciencia, los inventos, los libros y las pinturas. El problema tiene cuatro remedios diferentes que describiremos enseguida.

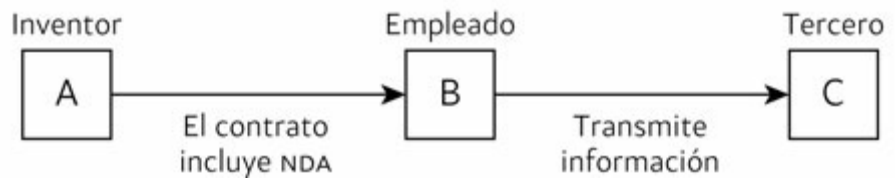
El primer remedio consiste en que el Estado provea o subsidie al arte y la

ciencia, especialmente la investigación básica. Es así que el Estado es dueño de muchas universidades o las subsidia. Más relevantes para este libro son los subsidios de los juicios. En muchos países de derecho civil tales como México y Chile, los ciudadanos tienen derecho a usar los tribunales gratis. En los Estados Unidos, los litigantes deben pagar los honorarios de los tribunales, pero estos honorarios son mucho menores que los costos de los tribunales, de modo que los tribunales están subsidiados. En el capítulo X sostendremos que los precedentes legales son un valioso acervo de ideas. A partir de este hecho concluiremos que los tribunales estadunidenses deberían dejar de subsidiar la resolución de las disputas privadas y continuar subsidiando la creación de precedentes legales.

El segundo remedio es el de las contribuciones caritativas. Una gran tradición de los Estados Unidos y de algunos otros países (pero no de todos) es la esperanza de que los individuos ricos hagan contribuciones voluntarias sustanciales a las artes y las ciencias. Además de que las normas sociales requieren tales donativos, el sistema tributario de los Estados Unidos permite al donador deducir de impuestos las donaciones caritativas. En la práctica, la deducción caritativa significa que los donantes aportan aproximadamente dos tercios del valor de la donación y el Tesoro de los Estados Unidos aporta el otro tercio. Otros países, como Suiza, no permiten tales deducciones, aparentemente porque existe el sentimiento de que el Estado, y no los ricos, debe controlar las ciencias y las artes. Sin embargo, la caridad cuenta con esta ventaja significativa sobre el gobierno: los donantes supervisan el uso de su dinero a través de sus obras de caridad favoritas con mayor cuidado del que los contribuyentes supervisan el uso que el gobierno da a los impuestos; la supervisión reduce el despilfarro.

El tercer remedio, descrito en términos generales como la protección de los secretos comerciales, proviene del derecho de los contratos y los ilícitos culposos. Un empleado o contratista de una compañía del Valle del Silicio debe firmar rutinariamente un acuerdo de no revelación de información (NDA, por sus siglas en inglés). En un acuerdo de no revelación, el empleado o contratista promete no revelar ninguno de los secretos de la compañía. Por ejemplo, el empleado o contratista promete no escribir ni hablar acerca de la maquinaria, el equipo, la investigación o las prácticas comerciales de la compañía. idealmente, la protección de los secretos comerciales impide la transmisión de información y permite que su productor se apropie de su valor.

Sin embargo, las leyes de secretos comerciales tienen deficiencias que menguan su eficacia. Supongamos que el inventor A emplea a la persona B, quien firma un acuerdo de no revelación, y luego la persona B filtra los secretos de A a la compañía C:



A tiene un contrato con B y ninguno con C. Dado que C no tiene obligaciones contractuales con A (en la jerga legal, A y C no tienen "relación" contractual), A tiene facultades legales limitadas para impedir que C use los secretos comerciales de A o los transmita a otros. Si C supiera, o tuviera razón para saber, que B violaba el acuerdo de no revelación, entonces A podría demandar a C. Si C indujera a B a violar el acuerdo de no revelación, entonces A podría demandar a C. Pero si C no sabía ni tenía razón para saber o para inducir la violación del contrato con A por parte de B, entonces C no hizo nada malo al recibir la información. Además, si la información se ha filtrado totalmente y se ha convertido en un conocimiento común en la industria, todos podrán usarlo mediante un pago, aunque sepan que la información escapó originalmente hacia la esfera pública por el incumplimiento de un contrato.

Una investigación reciente realizada con encuestas concluye que la protección de los secretos comerciales no es muy eficaz en el Valle del Silicio. En realidad, los empleados cambian de trabajo frecuentemente y se llevan consigo muchos de los secretos de la empresa antigua a la nueva. En efecto, muchos empleados del Valle del Silicio no entienden cuándo violan las leyes de los secretos comerciales, porque tales leyes son contrarias a las normas mercantiles del Valle del Silicio.

El cuarto remedio, que por lo general complementa la protección de los secretos comerciales, consiste en el derecho de la propiedad intelectual. Además de los acuerdos de no revelación con sus empleados, asociados y clientes comerciales, el inventor A podría tratar de obtener una patente, un copyright o una marca comercial. Si la solicitud tiene éxito, A tendrá derechos de propiedad sobre la información que produce. Por esta razón, estos tres cuerpos de leyes pertenecen al estudio de la propiedad intelectual, que es nuestro tema siguiente.

NOTA WEB V.1

En nuestro sitio web discutimos la creciente literatura del derecho y la economía sobre los secretos comerciales.

B. *Propiedad intelectual*

Con las ideas, como con los inmuebles, la propiedad implica el derecho de excluir a los demás de su uso. Cuando los derechos de propiedad intelectual se aplican efectivamente, el propietario de un nuevo chip de computadora o de una novela puede usar el poder de exclusión para obtener un precio de otros usuarios. Éste recompensa al autor, lo que se traduce en más innovaciones y un crecimiento más acelerado, una forma de "eficiencia dinámica".

Tras hacer una innovación, su difusión permite que más personas disfruten de sus ventajas. Los derechos de propiedad intelectual también pueden aumentar su difusión. Sin derechos de propiedad, el innovador podría tratar de mantener el secreto de la innovación con el fin de beneficiarse de ella. Por lo tanto, los venecianos renacentistas guardaron cuidadosamente los secretos de la fabricación de vidrio, como Shakespeare guardó cuidadosamente los textos de sus obras de teatro para que sólo su compañía pudiera representarlas. Sin embargo, con los derechos efectivos de propiedad intelectual, el innovador no tiene por qué temer que otros roben la innovación. En lugar de mantenerla en secreto, el propietario puede difundirla y cobrar por su uso, como los derechos de licencia de patentes o la representación de una obra. La sustitución del secreto con la propiedad aumenta su difusión, lo que da lugar a un uso más amplio, un aumento de la "eficiencia estática".

Aunque otorgar derechos de propiedad intelectual provoca que el propietario difunda la innovación, por lo general ésta no llega al punto necesario para alcanzar la eficiencia estática. La teoría del monopolio explica por qué. Una invención valiosa genera un mejor producto o un procedimiento más barato para la producción de un bien antiguo. Puesto que una invención valiosa no tiene sustitutos cercanos, el otorgar una patente o derecho de autor crea un poder monopólico, lo que significa que el vendedor puede aumentar el precio. Para maximizar los beneficios, el propietario-monopolista fija el honorario del uso a un precio muy alto para la eficiencia social, por lo que su uso es muy bajo. De este modo, la ley de propiedad intelectual puede resultar en una difusión menor de la innovación que la requerida para la eficiencia estática.

Las patentes y la propiedad intelectual pueden constituir monopolios temporales que pueden variar en amplitud y duración. La reducción de la amplitud o de la duración de los derechos de propiedad intelectual disminuye frecuentemente los beneficios del monopolio y aumenta la difusión. Por ejemplo, supongamos que un individuo escribe una novela y otro la adapta para hacer una película. Una ley de propiedad intelectual estrecha le otorga la propiedad de la novela al novelista y la propiedad de los derechos de la película al adaptador. En cambio, una ley de propiedad intelectual amplia otorga la propiedad de la novela al novelista, así como los derechos de la película, que son ejemplo de lo que se conoce como "obras derivadas". Del mismo modo, la patente de un chip de computadora puede tener una duración de diferentes periodos de tiempo en distintos países. A partir de los derechos de propiedad intelectual estrechos, breves, su ampliación y prolongación recompensa al autor y alienta más la innovación. Si la innovación puede mantenerse en secreto, entonces la ampliación y prolongación de los derechos de propiedad intelectual recompensa la difusión al aumentar los honorarios para los usuarios. Por lo tanto, aumentar los incentivos para la creación también aumenta los incentivos para la difusión, al menos hasta cierto punto. Sin embargo, más allá de este punto, la ampliación

del alcance o de la duración de los derechos de propiedad del autor aumenta el poder de monopolio, que premia la invención y reduce la difusión. De este modo, los incentivos para la invención y difusión se compensan. (Más adelante veremos que aumentar aún más el alcance o la duración de los derechos de propiedad del autor puede llegar a reducir la creación y la difusión.)

Para apreciar el problema de la difusión, consideremos el peaje de los puentes. La eficiencia requiere que el peaje sea igual al costo marginal de cruzar el puente. El costo de permitir que otro automovilista cruce el puente despejado es cero, aproximadamente, por lo que el peaje óptimo es, aproximadamente, cero. Si el peaje óptimo es diferente a cero, alguien que valúe el cruce del puente dejará de cruzarlo, lo cual es un desperdicio. Supongamos que el peaje es de $1; un individuo que está dispuesto a pagar $0.75 no cruzará, por lo que el peaje anula en $0.75 los beneficios que se podrían haber creado sin costo alguno. (La conclusión es diferente para un puente congestionado, donde el aumento de la congestión es el costo de permitir que otro automovilista cruce.) Asimismo, el costo de permitir que otro individuo grabe música o que utilice un programa informático patentados es aproximadamente cero, por lo que el honorario óptimo para el usuario es aproximadamente cero. Sin embargo, el honorario que maximiza los beneficios para el propietario es mucho mayor que cero. Por consiguiente, la propiedad intelectual puede generar honorarios demasiado altos para los usuarios y una difusión demasiado baja.

La compensación de la innovación-difusión provoca grandes tensiones comerciales en el mundo contemporáneo. Los países desarrollados crean muchas más innovaciones que se traducen en patentes o propiedad intelectual que las que crean los países en desarrollo. Por lo tanto, los países desarrollados se centran en los beneficios de los derechos de propiedad intelectual sólidos que protegen a sus autores. En cambio, los países en vías de desarrollo se benefician de la amplia difusión de la tecnología a bajo costo. En consecuencia, estos países carecen de entusiasmo para hacer cumplir los derechos de propiedad intelectual que aumentan los precios para sus consumidores. Así, Microsoft quiere que China suprima las copias ilegales de su programa de cómputo, y al parecer a China no le interesa este esfuerzo. El resultado neto es que el último programa de cómputo de Microsoft se vende en los mercados callejeros de Hong Kong al costo de un disquete, y los Estados Unidos amenazan con demandar a China en la Organización Mundial del Comercio.[1] Estas tensiones deben mejorar a medida que China entienda que una ley de propiedad intelectual débil retrasa su propio desarrollo de programas de cómputo y de otras industrias creativas.

El derecho de la propiedad intelectual enfrenta la compensación de la innovación-difusión y la resuelve de modo diferente en cada una de sus tres áreas principales: las patentes, la propiedad intelectual y las marcas comerciales. Sin embargo, el derecho de la propiedad intelectual es una adición histórica que se desarrolló sin una base científica. Sólo recientemente se ha aplicado el análisis

económico al derecho de la propiedad. Pero aun ahora, el análisis económico disponible es insuficiente para la tarea. La técnica habitual del análisis económico implica la comparación de equilibrios con una tecnología fija ("análisis del equilibrio estático"), mientras que el derecho de la propiedad intelectual requiere un análisis de la innovación y de la tecnología cambiante ("teoría del crecimiento"). Las mejoras de la información económica producirán sin duda críticas nuevas y mejores del derecho de la propiedad intelectual. Mientras tanto, el análisis económico de la propiedad intelectual debe proseguir con las herramientas que posee. Además de las herramientas científicas inadecuadas, el derecho de la propiedad intelectual no se alinea bien con la eficiencia económica porque los legisladores responden a grupos de intereses especiales, políticamente poderosos, que se preocupan por sus propios beneficios más que por la riqueza de la nación. El desarrollo de industrias de alta tecnología reta a la teoría económica y al derecho. Casi todas las interrogantes acerca del derecho de la propiedad intelectual están abiertas. Este hecho vuelve el tema excitante y confuso a la vez.

1. *Patentes: ¿amplias o estrechas?*

A fin de apreciar la historia del derecho de patentes, consideremos su evolución. Las patentes europeas para los inventos se iniciaron en 1474 en la República de Venecia y se formalizaron en Inglaterra en el Estatuto de Monopolios de 1623. El artículo I, sección VIII, de la Constitución de los Estados Unidos otorga al Congreso la facultad de "promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, otorgando, durante un tiempo limitado, a autores e inventores el derecho exclusivo a sus escritos y descubrimientos respectivos". Para ejercer esta facultad en lo tocante a las patentes, el Congreso de los Estados Unidos promulgó en 1790 la primera ley de patentes del país, la que fue revisada en 1793, 1836, 1952 y 1995. A fin de obtener el derecho exclusivo a un invento, el inventor deberá presentar una solicitud a la Oficina de Patentes de los Estados Unidos, declarando que el invento se refiere a un "proceso, máquina, manufactura o combinación de la materia nuevos y útiles, o [un] mejoramiento nuevo y útil de los anteriores" (35 U.S. Code 101). El invento debe ser "no obvio", debe tener "utilidad práctica" (una característica que todos los solicitantes más o menos suponen) y no debe haber sido comercializado o conocido por el público por más de un año anterior a la fecha de la solicitud. Un examinador de patentes —un funcionario gubernamental que suele ser un abogado con una sólida base científica— deberá decidir si se otorga o no la patente. La Oficina de Patentes otorga cerca de tres cuartas partes del total de las solicitudes. Durante el decenio de 1970 se otorgaron entre 70 000 y 80 000 patentes por año.[2] Pero en el decenio de 1990 las solicitudes de patentes y el número de las patentes otorgadas en los Estados Unidos aumentaron hasta cerca de 150 000 por año. El solicitante

que tiene éxito recibe un monopolio de 20 años sobre el uso del invento.[3] Nadie puede usar el invento, salvo con el consentimiento de su propietario. Otras personas que deseen usar el invento deberán comprar al dueño de la patente el derecho para usarlo. El dueño podrá licenciar libremente el uso de la patente a cambio del pago de un honorario conocido como regalía.

Si el propietario de la patente considera que un individuo está usando su patente sin permiso, puede interponer un recurso de infracción y buscar tanto un mandato judicial como legal.

NOTA WEB V.2

Véase en nuestro sitio web más información sobre los desarrollos recientes del derecho de patentes en los Estados Unidos y otras naciones, incluida la especulación sobre las causas del tremendo incremento del número de patentes en la década de 1990 y principios de 2000.

Un inventor que solicite una patente arriesga algo más que los honorarios de los abogados. Dado que la información contenida en la solicitud es accesible al público, alerta a los competidores. Si la solicitud fracasa, los competidores podrán usar gratuitamente el invento descrito en la solicitud. Si la solicitud tiene éxito, los competidores tendrán una descripción precisa del invento, de modo que podrán tratar de imitarlo sin invadir la patente ("manipular alrededor de la patente"). Por estas razones, algunos inventores prefieren recurrir a la protección de los secretos comerciales y no solicitar una patente. Sin embargo, es común que un inventor recurra a las leyes de los secretos comerciales y a las patentes para proteger su propiedad intelectual.

Las patentes crean un derecho de la propiedad exclusiva de un invento, el cual tiene dos dimensiones: duración y alcance. La "duración" se refiere al número de años que deberán transcurrir entre el registro de una patente y su expiración. Por ejemplo, la mayoría de las patentes duran 20 años en los Estados Unidos a partir de la fecha de la solicitud. El "alcance" se refiere a la similitud que puede tener otro invento sin infringir la patente del invento original. Por ejemplo, el Cubo de Rubik es un juego popular en el que cada una de las seis caras del cubo se divide en una reja de 3 × 3, y cada una de las celdas de la reja tiene un color. El objeto del juego es el de manipular el cubo para alinear hileras de celdas del mismo color. Un tribunal estadunidense decretó que el Cubo de Rubik no infringía una patente anterior, de Moleculon, para un juego similar que utilizaba una reja de 2 × 2.[4]

1a. *Alcance*

Una pregunta importante en el campo de las políticas públicas se refiere al alcance eficiente de una patente. Para entender la diferencia entre los efectos de incentivo entre las patentes estrechas y las amplias, comparemos dos inventores, dos inventos y dos reglas. Supongamos que dos inventores están considerando

invertir en la investigación de dos inventos. El primer invento mejoraría los procesos de producción de petróleo por fragmentación, y el segundo proveería un sustituto del plomo en la gasolina. Los inventores esperan que los dos inventos sean similares pero no idénticos. De acuerdo con una regla amplia, una sola patente englobaría ambos inventos. Dado que la parte que realiza el primer invento recibirá los derechos exclusivos de ambos inventos, la parte que haga el primer descubrimiento recibirá todos los beneficios y la otra no recibirá nada. Por lo tanto, la regla amplia estimula la investigación rápida y duplicativa. En cambio, de acuerdo con una regla estrecha, se requeriría una patente diferente para cada invento. La parte que haga el primer invento recibirá derechos exclusivos sobre él, mientras que la parte que haga el segundo invento recibirá derechos exclusivos sobre este segundo invento. Por lo tanto, la regla estrecha estimula la investigación más lenta y complementaria.

Para apreciar esta comparación entre las patentes amplias y las estrechas, consideremos una relación típica entre la investigación y el desarrollo (I y D). A veces la investigación genera un descubrimiento pionero sin ningún valor comercial inmediato, pero con gran potencial comercial. A fin de realizar su potencial, un descubrimiento pionero deberá desarrollarse y "llevarse al mercado". El desarrollo implica una serie de pequeñas mejoras. Por lo tanto, a un invento pionero patentado le sigue una serie de aplicaciones valiosas patentadas por otro inventor. En tales casos, la ley de los Estados Unidos tiene una característica interesante: ninguna de las partes puede utilizar la aplicación sin el permiso de la otra. Mientras duren ambas patentes, el poseedor de la aplicación no puede utilizar su patente sin autorización del poseedor de la invención pionera, y el poseedor de la invención pionera no puede utilizar la aplicación sin la autorización de su poseedor. El resultado es que tienen que negociar entre si y llegar a un acuerdo antes de que alguien pueda utilizar la aplicación y hacer dinero con ella. La ley de patentes de los Estados Unidos para los inventos y aplicaciones pioneras crea un incentivo para que negocien entre sí.

Estos derechos mutuos se desencadenan cuando el invento posterior es una aplicación del invento anterior. La cuestión legal consiste en saber si una patente del descubrimiento pionero se extiende a las aplicaciones siguientes. Las patentes amplias estimulan la investigación fundamental, mientras que las patentes estrechas estimulan el desarrollo. Por ejemplo, supongamos que una inversión de $100 000 en investigación genera un invento pionero sin valor comercial alguno. Más tarde, una inversión de $50 000 en el desarrollo genera una mejora del invento pionero que tiene un valor comercial de $1 000 000. Si la ley otorga patentes amplias, una patente para el invento pionero cubrirá también la aplicación; pero si la ley otorga patentes estrechas, se requerirán patentes diferentes para el invento pionero y para la aplicación.

¿Cuál alcance de las patentes es más eficiente? Si el valor social de la inversión en una investigación fundamental supera el valor social de la inversión en el

desarrollo de aplicaciones, las patentes deberían ampliarse. En cambio, si el valor social de la inversión en el desarrollo de aplicaciones supera el valor social de la inversión en investigación fundamental, las patentes deberían estrecharse.

En realidad, las cuestiones del alcance se deciden legalmente de acuerdo con la "doctrina de los equivalentes", que se refiere a una serie de fallos judiciales acerca de cuán equivalentes deben ser dos inventos para que se considere la infracción de una patente. Esta doctrina es oscura e imprevisible. Los tribunales han razonado a veces que una mejora dotada con gran valor comercial no debería interpretarse como la infracción de un evento pionero que por sí solo tiene escaso valor.[5] Después de todo, la mejora, no el invento pionero, es lo que la gente realmente valora.

Howard Chang, economista y abogado, ha demostrado recientemente que este argumento es falaz por lo que toca a la maximización del valor social de la actividad inventiva.[6] Si quienes hacen investigación fundamental reciben el valor de venta del invento pionero, pero no reciben nada del valor de venta de las aplicaciones comerciales, no habría suficiente investigación fundamental. Para ver por qué, consideremos una analogía entre los inventos pioneros y la crianza de ovejas. Las ovejas se venden por su carne y su lana. Supongamos que la carne de una oveja vale mucho más que la lana. Si se paga a los criadores de ovejas el valor de la lana, pero no el valor de la carne, no se pagará suficiente y los criadores producirán muy pocas ovejas. La carne y la lana son productos conjuntos de la crianza de ovejas. Los incentivos eficientes requieren que los criadores reciban el valor de venta de su producto (las ovejas), que es la suma del valor de venta de la carne y de la lana.

De igual modo, las aplicaciones comerciales y los inventos pioneros son productos conjuntos de la investigación fundamental. Las aplicaciones comerciales requieren de los inventos pioneros, y los inventos pioneros necesitan de la investigación fundamental. Un producto conjunto se proveerá insuficientemente si la compensación del proveedor es igual al valor comercial de sólo uno de los productos conjuntos. Idealmente, la investigación fundamental y el desarrollo comercial se unirán en una sola empresa. Si las actividades se reúnen bajo un solo productor, éste recibirá la suma del valor de la investigación fundamental y la aplicación comercial, así como se paga al criador de ovejas la suma del valor de la carne y la lana.

Aunque una empresa realizara investigación fundamental y otra empresa desarrollara aplicaciones comerciales, el problema del incentivo podría resolverse si los costos de transacción fuesen nulos, en cuyo caso se aplicaría el teorema de Coase. Aplicado a los inventos, este teorema afirma que el alcance de la patente no importa para la eficiencia económica siempre y cuando los inventores puedan negociar entre sí sin costo alguno y celebrar contratos eficientes.

Surgen problemas bajo el supuesto realista de que los costos de transacción impiden la negociación entre los proveedores de investigación fundamental y de

desarrollo comercial. Existen dos remedios legales: la lubricación de la negociación (el teorema normativo de Coase) o la asignación de derechos a la parte que los valúe más (el teorema normativo de Hobbes). En lugar de aplicar estos dos remedios, el derecho estadunidense ha sido refractario en ambos sentidos.

La negociación entre inventores algunas veces conduce a empresas de investigación conjunta, donde los fabricantes rivales comparten una instalación de I y D y compiten entre si en la producción y las ventas. En los Estados Unidos las leyes antimonopólicas han inhibido las empresas conjuntas para la investigación y el desarrollo. En esta forma, la aplicación de la ley antimonopólica de la I y D obstruyó una solución al problema de la producción conjunta de inventos. Afortunadamente, los funcionarios estadunidenses han reconocido esta falla en las políticas públicas y han tomado medidas para corregirla.

Cuando diferentes productores hacen inventos conjuntos, los funcionarios públicos enfrentan un problema difícil en la determinación del alcance de las patentes. Si el invento pionero tiene escaso valor por si solo, deberá pagarse entonces parte del valor de la mejora al pionero para proveer un incentivo adecuado para los inventos pioneros. Por otra parte, si el invento pionero tiene un gran valor por si solo, su inventor será recompensado a menudo adecuadamente, aunque no reciba nada del valor de la mejora. Por lo tanto, la protección de las patentes para los inventos pioneros debería ser más amplia para los inventos que tienen escaso valor por si solos, y más estrecha para los inventos pioneros que tienen gran valor por si solos. Esto es justamente lo contrario del resultado que a veces logran los tribunales de los Estados Unidos.[7]

PREGUNTA V.1

Cuando expiró la patente de un medicamento llamado Librium (un sedante antecesor del Valium), su precio bajó de $15 a $1.10.[8] Explique por qué ocurrió esta baja del precio. Relacione su explicación con el problema de los incentivos eficientes para la creación y transmisión de una idea.

PREGUNTA V.2

Recuerde nuestro ejemplo de una inversión de $100 000 en investigación que produce un invento pionero sin ningún valor comercial, y de una inversión subsecuente de $50 000 en el desarrollo que produce una mejora dotada de un valor comercial de $1 000 000. Supongamos ahora que la Empresa A está especialmente ubicada para hacer la investigación pionera, y que la Empresa B está especialmente ubicada para desarrollar la aplicación. Pronostique la diferencia para la inversión resultante de una ley de patentes amplia y una ley de patentes estrecha. Al formular su pronóstico, distinga entre una situación en la que los costos de transacción impiden que la Empresa A y la Empresa B negocien entre si y una situación en la que los costos de transacción de la negociación son nulos.

PREGUNTA V.3

Cuando los inventos asumen la forma del descubrimiento y la aplicación, las autoridades pueden expedir una "patente dominante" al descubrimiento pionero y una "patente subordinada" a la mejora. El invento subordinado no puede fabricarse legalmente sin el consentimiento de los poseedores de la patente dominante y la patente subordinada. Por lo tanto, las dos partes se ven obligadas a negociar, ambas con poder de veto, y a convenir en la división de los beneficios futuros antes de fabricar la mejora. Si no hay tal acuerdo, sólo podrá fabricarse el invento pionero. Conteste la pregunta v.2 bajo el supuesto de que, en lugar de prescribir patentes amplias o estrechas, la ley otorga una patente dominante y una patente subordinada.

1b. *Duración*

Como vimos antes, los derechos de una patente duran por un periodo fijo. ¿Cuál es la vida óptima de una patente? Proveeremos un marco económico para responder esa pregunta. Dado que las patentes crean un monopolio temporal que recompensa al inventor y gravan al comprador, la vida óptima de una patente alcanza un mejor equilibrio entre el estímulo a la creatividad y el desaliento de la difusión. A medida que aumenta la duración de las patentes, la sociedad disfruta mayores beneficios derivados del aumento de la innovación. Sin embargo, se supone que la tasa de crecimiento de tales beneficios disminuye. En consecuencia, el beneficio marginal derivado del aumento de la innovación disminuye a medida que aumenta la duración de las patentes. A medida que aumenta la duración de las patentes, la sociedad padece mayores costos derivados de la menor difusión. La sociedad responde a las patentes largas buscando sustitutos de los productos patentados. Entre más tiempo busque una sociedad, más sustitutos encontrará. Al igual que en el caso de los beneficios, la tasa a la que aumentan los costos de las patentes para la sociedad supuestamente disminuye con la duración. En consecuencia, el costo marginal de la menor difusión supuestamente disminuye a medida que aumenta la duración de las patentes.

El razonamiento marginalista describe la vida óptima de una patente en términos abstractos. Pero ¿cuál es la vida óptima en particular? Sería ideal que la vida de la patente fuera diferente para cada invento, dependiendo de sus características individuales.

Es poco práctico tal programa de términos individualizados para las patentes, pero existen alternativas prácticas al otorgamiento de una patente de 20 años para todos los inventos (la duración internacional actual predeterminada de la patente). Alemania, por ejemplo, ha establecido un sistema de patentes de dos niveles. Los inventos principales reciben en Alemania patentes de duración completa, mientras que los inventos secundarios y las mejoras reciben patentes menores por un término de tres años. Además, Alemania requiere que los poseedores de patentes paguen una cuota anual para continuar con la patente, la

cual es relativamente moderada en los primeros años de la vida de una patente, pero luego aumenta a intervalos regulares hasta que expire el periodo de la patente. En consecuencia, menos de 5% de las patentes alemanas permanecen en vigor durante todo su término; en promedio la vida de la patente es un poco menor de ocho años. Este hecho no resulta sorprendente cuando consideramos que, dada una tasa de interés de 10%, una promesa de pagar $1 en ocho años vale menos de $0.50, y una promesa de pagar $1 en 20 años vale menos de $0.20.

¿Aumentaría la eficiencia económica cambiando el sistema estadunidense para asemejarse al sistema alemán? Tal vez. Sin embargo, una respuesta convincente requiere mucha investigación estadística a fin de obtener pruebas acerca de los promedios aproximados, y esa investigación no se ha realizado.

1c. *Exceso de patentes*

A pesar de la ausencia de investigaciones estadísticas, existe prueba de que la ley de patentes se ha extendido demasiado y amenaza con sofocar la creatividad en algunas áreas. La investigación farmacéutica es un ejemplo de dicho problema solucionado a través de la legislación. Para desarrollar un nuevo medicamento, las compañías suelen utilizar un medicamento existente. Ante el temor de la competencia, los poseedores de las patentes de medicamentos son reacios a conceder autorizaciones a los competidores para utilizarlos en la investigación. Éste es el caso en el que el derecho de patentes inhibe la innovación, que es el propósito de la misma. La Ley de Competencia de Precios de Medicamentos y de Restitución de la Duración de la Patente (1984) (que modifica la Ley de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos, conocida como Ley Hatch-Waxman) abordó parte del problema al permitir el libre uso de los compuestos patentados en la investigación para desarrollar una alternativa genérica. En Merck KGaA *vs.* Integra Lifesciences I, Ltd., 545 U.S. 193 (2005), la Suprema Corte amplió esta ley para la investigación que tenga como propósito el desarrollo de medicamentos completamente nuevos.

Otro ejemplo del derecho de patentes desbordadas tiene que ver con los métodos comerciales. En el pasado, nadie pensaba que un método comercial pudiera patentarse. Sin embargo, los abogados creativos persuadieron a la Oficina de Patentes de los Estados Unidos para que concediera patentes sobre algunos métodos comerciales. El ejemplo más famoso es el de la patente de Amazon de pedidos por internet “con un solo clic”. La mayoría de los estudiosos creen que los innovadores que crean nuevos métodos comerciales no deberían poder patentarlos.

Vida óptima de la patente: medicamentos huérfanos

Ya comentamos respecto al hecho de que las patentes tienen una duración:

20 años. El análisis de esta sección sugiere que éste no es óptimo; es claro que varían los costos y beneficios de los inventos e innovaciones para la sociedad, en ocasiones de modo considerable. Idealmente, el sistema de patentes reconocería estas variaciones al otorgar diferentes plazos a las patentes en función del beneficio social neto de cada invención. Sin embargo, los costos administrativos de formular una determinación de invento por invento de la vida óptima de la patente —o incluso de hacer una clasificación de los inventos con diferentes duraciones de patentes son tal vez prohibitivamente altos. Sin duda, existen costos para la sociedad —quizá costos sociales significativos— que siga. Por ejemplo, puede haber un invento valioso que es sumamente costoso para desarrollarlo, pero que simplemente no podría generar suficientes beneficios si se vende a un costo razonable durante el periodo de la patente de 20 años para justificar su desarrollo.

El Congreso de los Estados Unidos ha identificado varios ejemplos importantes de estos inventos. Uno de ellos es el de la Ley Hatch-Waxman (Ley de Competencia de Precios de Medicamentos y de Restitución de la Duración de la Patente) de 1984. Esta ley añade hasta cinco años de vida a la patente para que los farmaceutas compensen el tiempo perdido en las pruebas de preaprobación de nuevos medicamentos requeridos por la Administración de Medicamentos y Alimentos (FDA, por sus siglas en inglés). La ley también eliminó las pruebas duplicadas de seguridad y eficacia de los medicamentos genéricos (aquellos que comparten la composición química de las drogas que llegan fuera de patente).

El Congreso fue incluso más lejos en la Ley de Medicamentos Huérfanos de 1983 y sus modificaciones posteriores. El Congreso abordó esa ley en una instancia del problema que mencionamos anteriormente —un invento valioso que no podía desarrollarse porque la vida estándar de la patente no fue suficientemente larga para justificar los costos de desarrollo—. Un "medicamento huérfano" es aquel que trata "cualquier enfermedad o condición que ocurre con tan poca frecuencia en los Estados Unidos que no hay ninguna expectativa razonable para que el costo del desarrollo o comercialización del medicamento se recuperará a través de las ventas". En una modificación posterior se definen más a fondo dichas enfermedades o condiciones como aquellas que afectan a menos de 200 000 personas en los Estados Unidos. La ley brinda créditos fiscales a los desarrolladores de medicamentos huérfanos para los costos de los estudios clínicos y otros subsidios para los costos de desarrollo. Además, a los desarrolladores de medicamentos huérfanos se les da un periodo de siete años de exclusividad, el cual puede revocarse si el desarrollador no proporciona la población de pacientes que toma el medicamento o lo abandona.* Por último, la FDA acelera enormemente el proceso de aprobación de medicamentos

huérfanos, que en ocasiones sólo toma ocho meses para su aprobación.

Al parecer, la ley tuvo el efecto deseado. En los 20 años anteriores a 1983, la FDA sólo había aprobado 10 medicamentos huérfanos. En cambio, tan sólo en 1984 aprobó 24. Durante los primeros 15 años de la ley, el número de medicamentos huérfanos se quintuplicó, mientras que el número de medicamentos no huérfanos aumentó el doble.†

A pesar de este historial de éxito, hay algunas inquietudes con la Ley de Medicamentos Huérfanos. Una tiene que ver con el periodo de exclusividad. Por ejemplo, ese periodo de siete años fomenta el desarrollo inicial, pero desalienta el desarrollo de la competencia, salvo por los medicamentos químicamente diferentes. El Congreso consideró que esto era indeseable, por lo que en 1993 aprobó las modificaciones a la ley que permitían patentar los segundos y terceros medicamentos huérfanos que tratan la misma enfermedad o condición como lo hace el medicamento huérfano inicial, en tanto que dichos medicamentos fueran clínicamente superiores en formas definidas. También ha habido algunas inquietudes adicionales respecto a la condición de los medicamentos huérfanos. Por ejemplo, supongamos que la población de pacientes aumenta más allá del umbral de 200 000 o que el medicamento huérfano es eficaz en el tratamiento de otras condiciones o enfermedades no huérfanas o que éste es sumamente rentable. ¿Debería revocarse la condición de huérfanos en estos casos? El Congreso ha abordado estos temas, pero todavía no ha llegado a un acuerdo sobre qué hacer con ellos.

† Véase Frank Lichtenberg y Joel Waldfogel, "Does Misery Love Company? Evidence from Pharmaceutical Markets Before and After the Orphan Drug Act", documento de trabajo NBER, núm. 9750, 2007.

PREGUNTA V.4

Una falla posible del sistema de cuotas de renovación para determinar la vida óptima de una patente es el hecho de que, idealmente, deseamos que el poseedor de la patente compare la cuota de renovación con el beneficio social de la continuación de la patente durante otro año, no sólo con el beneficio privado. ¿Puede sugerir cómo podríamos inducir a los poseedores de patentes a hacer el cálculo social apropiado cuando se fija la cuota de la renovación anual?

PREGUNTA V.5

Un tercer medio para reducir los costos sociales de otorgar una patente de duración excesiva es una política de licenciamiento obligatorio. Esta política, que forma parte de los sistemas de patentes de la mayoría de los países de Europa Occidental, permite que los licenciatarios frustrados pidan a los tribunales que obliguen a los poseedores de patentes a licenciarlas si pueden demostrar que tales poseedores no han usado sus patentes en el mercado nacional dentro de cierto periodo, que no han licenciado cuando ello es esencial para el uso de un invento complementario, o que han abusado de su posición, por ejemplo, restringiendo excesivamente la

oferta de sus inventos. Si el licenciatario persuade al tribunal de que debe obligarse al otorgamiento de la licencia, también determinará una regalía razonable. Realice una evaluación económica de la política de licenciamiento obligatorio.

1d. *Conclusión sobre las patentes*

Como se explicó antes, la economía de la información original concluyó que un mercado privado no regulado proveerá una cantidad insuficiente de información. Los remedios para este problema incluyen la oferta pública o los subsidios para la investigación científica, las donaciones caritativas y los derechos de propiedad intelectual. Esta concepción domina todavía en la mayoría de las discusiones de las políticas públicas. Sin embargo, puede haber situaciones especiales en las que ninguna regulación o subsidio conduzca a un exceso de información o a la cantidad correcta.[9]

Para entender por qué ocurre esto, consideremos un invento que permite pronosticar mejor el estado del tiempo. La teoría original sostenía que el inventor no puede apropiarse del valor del invento porque las personas que compran sus pronósticos pueden revenderlos a otros. Sin embargo, hay medios alternativos para que los inventores obtengan ganancias. El inventor del pronóstico del estado del tiempo, por ejemplo, puede ganar especulando sobre los precios agrícolas. Para entender esto, supongamos que el inventor pronostica un otoño lluvioso que reducirá las cosechas y hará que aumente el precio del maíz. El inventor puede mantener esta información en secreto y comprar maíz en el verano para entregarlo en otoño. Es de suponer que, si todos los demás pronostican un clima normal en otoño, en el verano el precio del maíz para la entrega en el otoño será bajo, demasiado bajo, y el inventor del método de predicción del tiempo lo sabe. Cuando llega el tiempo de la cosecha en otoño, los agricultores cumplirán sus contratos entregando maíz al inventor al precio bajo establecido en verano. Más tarde, el inventor podrá revender el maíz en el mercado a un precio mayor generado por un otoño lluvioso. Es así como Aristóteles afirma que Tales de Mileto usó la filosofía para pronosticar el estado del tiempo e hizo una fortuna en lo que equivalía a las opciones de compra de las prensas de aceite.[10]

En general, los productores de información pueden obtener ganancias de las inversiones especulativas. En el Valle del Silicio un inventor participa a menudo en la fundación de una empresa y es dueño de un lote de sus acciones. Supuestamente, el inventor sabe más que el público acerca del desempeño futuro de la empresa. El invento podría dar a la empresa una ventaja competitiva en varios sentidos, aparte de su aplicación inmediata. Por ejemplo, la empresa podría saber muchas cosas acerca de la aplicación y la comercialización del invento en diversos campos, por delante de sus competidores. De igual modo, la empresa podría establecer un nombre de marca sobre los productos asociados

con el invento. Una vez que el mercado conoce el verdadero valor de la empresa, se apreciarán las acciones del inventor.

Siguiendo esta línea de pensamiento, algunos investigadores han sostenido que algunos mercados producen demasiada inversión en información. Por ejemplo, consideremos el mercado de valores en conjunto. Un inversionista que descubre antes que otros que una corporación está comprando a otra podrá obtener grandes ganancias comprando las acciones de la compañía señalada. Las ganancias que representan para la sociedad los rápidos movimientos de los precios de las acciones de la compañía señalada son moderadas, en comparación con la vasta riqueza que se redistribuye de los accionistas desinformados a los inversionistas informados. Este hecho es una de las razones por las que las leyes de valores de los Estados Unidos y otros países prohíben a los miembros de una empresa que negocien sus acciones con base en la información que todavía no han hecho pública: la prohibición contra el tráfico de información confidencial.

Los inversionistas compiten para comprar una acción cuyo precio se elevará antes de que alguien más lo haga, lo que crea la posibilidad de una negociación excesiva. De manera similar, los pescadores compiten para atrapar los peces en el mar antes de que alguien más lo haga, lo que ocasiona una sobrepesca trágica. Los inventores compiten para asegurar las patentes. A diferencia de los Juegos Olímpicos, normalmente (aunque no siempre) el derecho de patentes no tiene medallas de plata, a menudo el segundo lugar no recibe nada. ¿Los inventos son como peces en el mar? No. Las ventajas del crecimiento son tantas que la sociedad se beneficia de la competencia en la innovación, incluso cuando es frenética. En una carrera por la patente, vencer a la competencia genera externalidades negativas; en cambio, los inventos generan externalidades positivas mucho mayores que benefician al público a medida que se difunden las innovaciones.

Antes de concluir esta sección, queremos mencionar otra razón por la que la protección de las patentes de algunos inventos es mayor que lo que recomienda la eficiencia económica. Además del monopolio legal otorgado a veces por una patente, algunos inventos crean monopolios naturales. Existe un monopolio natural cuando los costos promedios bajan a medida que aumenta la escala de la producción. Dado un monopolio natural, la empresa más grande que tiene los costos más bajos podrá expulsar a los competidores. Por ejemplo, la dispersión de los costos de la investigación y el desarrollo entre mayores volúmenes de producción reduce el costo promedio de la innovación. De este modo, el costo promedio del desarrollo de un sistema operativo para los usuarios de computadoras personales baja a medida que aumenta el número de usuarios. En las tecnologías de la información, las normas de la industria proveen un elemento adicional de monopolio natural. Por ejemplo: al estandarizar los golpes de teclas necesarios a fin de mover el cursor en un procesador de textos se reducen los costos para todos de aprender a usar este programa. A medida que la

norma se vuelve más dominante, los usuarios la valoran más. En consecuencia, cualquier compañía que pueda establecer derechos exclusivos sobre una norma industrial podrá disfrutar un elemento del monopolio natural y explotar este poder licenciando el derecho al uso de la norma.

Si un invento es la base de un monopolio natural, el inventor podrá obtener ganancias monopólicas aun sin una patente. Para ello, el inventor deberá usar su ventaja a fin de expandir su empresa e innovar más rápido que la competencia. Creciendo e innovando más rápido que la competencia, el líder disfruta rendimientos crecientes a escala, lo que conlleva ganancias monopólicas. Por ejemplo, supongamos que un producto de cómputo empieza con un descubrimiento fundamental y luego realiza mejoras continuas a través de la innovación. Para financiar la mejora constante, una compañía requiere un nivel de ventas considerable. El inventor original puede alcanzar el nivel de ventas crítico antes que todos los demás y luego fijar el precio del producto tan bajo que impida la entrada a otras empresas. El precio que impide la entrada de los competidores al mercado (el llamado "precio limitante de la entrada") puede rendir todavía, para el productor, ganancias por encima de lo normal.

El monopolio natural es un aspecto tan común de las redes que su presentación en redes tiene un nombre especial: efectos de red. El análisis económico de los efectos de red se inició con los ferrocarriles en el siglo XIX. La organización más eficiente de un ferrocarril por lo general requiere líneas que irradien desde una terminal central. La terminal central es el "centro" y las líneas que irradian son los "rayos". (Este mismo lenguaje se aplica ahora a las líneas aéreas.) El propietario de la terminal central puede favorecer las conexiones con sus propias líneas ferroviarias y discriminar las conexiones con líneas ferroviarias competidoras. Este efecto de red en los ferrocarriles confiere una gran ventaja al propietario de la terminal central de una región. De igual modo, las industrias basadas en la información recurren a menudo a conexiones análogas a las de la terminal central ferroviaria. Por ejemplo, todos los programas de una computadora personal deben usar su sistema operativo. Un propietario exclusivo del sistema operativo de computadoras personales podría favorecer el uso de sus propios programas y discriminar el uso de programas rivales. Este patrón de abuso es el alegato central del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en su juicio antimonopólico reciente contra Microsoft. La propiedad del sistema operativo se ha comparado con el hecho de tener una patente sobre el uso del idioma inglés.

PREGUNTA V.6

Suponga que el inventor de una técnica para el pronóstico del estado del tiempo determina que durante la estación de crecimiento habrá un clima perfecto, lo que causará una cosecha abundante. Explique cómo podría el inventor usar esta información para hacer inversiones rentables.

PREGUNTA V.7

Los directores de una corporación a menudo son los primeros en conocer hechos que afectan el precio de sus acciones. El derecho estadunidense prohíbe que los directores y otras "personas privilegiadas" usen "información confidencial" para especular sobre el valor de las acciones de la compañía. Utilice la teoría de la primera apropiación y la economía de la información para formular argumentos en favor y en contra de la eficiencia de esta prohibición.

NOTA WEB V.3

En nuestro sitio web podrá consultarse literatura adicional de derecho y economía sobre los problemas de las patentes.

Patentes (y otras) recompensas

El argumento económico para las patentes afirma que otorgar un derecho exclusivo al desarrollador de una innovación o un invento nuevos, útiles y no obvios fomenta la inversión y la difusión de nuevos métodos, máquinas y prácticas. Pero siempre ha habido escepticismo con respecto a la necesidad del sistema de patentes. Desde hace tiempo los críticos han argumentado que las deficiencias de ese sistema, en particular los altos precios y la producción restringida de monopolio, no valen los supuestos beneficios.* De hecho, debido a sus profundas inquietudes respecto a los efectos nocivos del sistema de propiedad intelectual, varios países europeos, entre ellos Suecia y los Países Bajos, suspendieron sus sistemas de propiedad intelectual durante varias décadas a mediados y finales del siglo XIX.

Pero si no hay un sistema de patentes, ¿cómo puede la sociedad fomentar la inversión en la invención y difusión? Un método posible es a través de la concesión de premios. Estos pueden ser recompensas monetarias por logros designados o por innovaciones generales, y pueden ofrecerse ya sea por las partes públicas o privadas o ambas simultáneamente. Tal vez el mejor ejemplo de una recompensa pública diseñada para inducir un invento en particular es la búsqueda del gobierno inglés de un método preciso para medir la longitud.[1] " Al utilizar observaciones del sol, los barcos podían medir la latitud con relativa facilidad, su distancia hacia el norte o hacia el sur del ecuador. Pero con respecto a la longitud, digamos que estaban en el mar. Las consecuencias de no saber dónde se encontraban podían ser, y a veces lo eran, desastrosas. Ante un famoso desastre naviero, el Parlamento Inglés decidió hacer algo. En 1714 se ofreció una recompensa de £20 000 a la primera persona que pudiera medir con precisión la longitud en el mar. Para evaluar las propuestas, el Parlamento nombró un Consejo de la Longitud, con Sir Isaac Newton como su Primer Comisionado, y se les solicitó un viaje de prueba al Caribe con criterios para el éxito.

John Harrison, carpintero y relojero en Yorkshire, creía que la clave para

medir la longitud era un reloj extremadamente preciso. (La mayoría de los otros inventores que buscaban el premio pensaban que la clave estaba en las observaciones precisas de los objetos celestes.) La visión de Harrison era que la Tierra giraba 360 grados, una rotación completa, en el transcurso de 24 horas. Como resultado, la Tierra giraba 15 grados cada hora de cada día. Un viajero que partió de Londres a Moscú podría poner su reloj a la hora de Londres y compararlo con la hora en que llegó a Moscú. Éste encontraría que su reloj marcaba las 9 a.m. cuando en Moscú era el mediodía, lo que le permitiera deducir que Moscú está al este de Londres por 45 grados de longitud. Si fuera posible medir la diferencia de tiempo entre un barco en el mar y en un punto fijo en la superficie de la Tierra (como Londres), entonces cualquiera podría saber qué tanto se había desplazado alrededor de la Tierra. Para que este método de medición funcionara se requeriría un reloj extremadamente preciso. Y ésa fue la tarea que Harrison se impuso.

En el siglo XVIII los relojes de los barcos eran inexactos debido a que el movimiento del mismo interrumpe el mecanismo del reloj. En 1759, Harrison finalmente desarrolló un reloj de barco extremadamente preciso, al que llamó H-4. En 1764 el Consejo de la Longitud ordenó que se probara el H-4 en un barco que viajara de Portsmouth a Barbados, y el hijo de Harrison, William, fue a Barbados para supervisar la prueba. El reloj funcionó de maravilla, pero sus rivales impidieron que Harrison recibiera el premio hasta que su hijo hizo un llamado dramático y exitoso al rey Jorge III. Finalmente, Harrison recibió su gratificación 43 años después de haber comenzado su búsqueda.

Inglaterra no se desanimó por esta experiencia. Posteriormente, el Parlamento ofreció una recompensa por la primera vacuna eficaz contra la viruela.

Existen muchos premios privados —de hecho, un número creciente— diseñados para suscitar determinada actividad inventiva. El famoso Premio Ansari X, creado en 1996, ofreció diez millones al primer equipo privado que pudiera financiar, construir y lanzar una nave espacial capaz de llevar a tres personas a una altura de 100 km (62.5 millas) sobre la Tierra, volver a salvo a la Tierra y después repetir el viaje con la misma nave en un plazo de dos semanas. Un grupo liderado por Burt Rutan y Paul Allen, el cofundador de Microsoft, ganó el premio en octubre de 2005. Recientemente, la compañía de seguros Progressive anunció un premio de cinco millones para el primer equipo o individuo que desarrollara un auto con un motor de combustión interna capaz de conseguir 100 millas por galón de gasolina.

Algunos han sugerido que el éxito de las recompensas por logros específicos se puede extender a inventos en general. Steven Shavell y Tanguy van Ypersele sostienen que un sistema de recompensas gubernamentales generales para el desarrollo de inventos nuevos, útiles y

no obvios es superior al sistema actual de concesión de derechos de patentes.[†] " ¿Los costos y beneficios sociales de un sistema de recompensas son claramente superiores a los del sistema actual de patentes? ¿Se podría argumentar que las recompensas públicas y privadas para la actividad inventiva complementan el sistema de patentes de modo que los dos sistemas deben trabajar en conjunto?

2. *El copyright*

En nuestro análisis de las patentes, aplicamos la economía de la información para responder las dos preguntas fundamentales del alcance y la duración. Se aplica el mismo marco a otros temas de la propiedad intelectual, en particular a la propiedad intelectual y a la marca comercial, que discutiremos brevemente. El copyright otorga a escritores, compositores y otros artistas un derecho de la propiedad sobre su creación, siempre que demuestren que su obra es una expresión original.[11] Al revés de lo que ocurre con el sistema de patentes, el sistema estadunidense de copyright no requiere que los creadores registren su obra para recibir la protección del copyright. Pero en una forma muy similar a la de la ley de patentes, la protección del copyright tiene un alcance y una duración limitados.

El alcance de un copyright se refiere a los usos que pueden darse sin autorización al material registrado. Así, un copyright amplio prohíbe todo uso no autorizado, mientras que un copyright estrecho permite algunos usos no autorizados. Por ejemplo, los libros se citan en reseñas y sátiras, o se fotocopian o distribuyen de manera electrónica para fines educativos. La ley maneja estos usos mediante las llamadas exclusiones de uso justo. Por ejemplo, en Sony Corporation of America *vs*. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984), el caso Betamax, la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que la grabación en videocasetera de programas de televisión con copyright es un uso justo cuando se hace para fines de "cambio de tiempo", pero no necesariamente para fines de "archivo". Una línea vaga, con frecuencia litigada, divide el copiado no autorizado justo del injusto.

Desde sus inicios en el siglo XVIII, los Estados Unidos han alargado la duración de un copyright hasta llegar a la actual, que cubre la vida del creador más 70 años.[12] La duración óptima de un copyright implica un problema diferente del de las patentes: específicamente, los costos de rastreo.[13] Antes de producir su propio material con copyright, un creador puede tratar de verificar si sus ideas para una novela, digamos, son originales. Los costos de la búsqueda entre todas las novelas, para estar seguro de que su idea no infringe sin intención el copyright de otro, pueden ser elevados. A fin de limitar estos costos, se otorga a los creadores una duración limitada y un alcance relativamente estrecho para sus

creaciones. Sin embargo, la facilidad del copiado y la difusión del alfabetismo aumentan la capacidad de otros para evitar el pago de una regalía al poseedor de un copyright. Por lo tanto, el alargamiento de la protección del copyright otorga a los creadores un lapso mayor para recuperar sus regalías justas.

En algunas áreas, los derechos del copyright y de patentes se han extendido demasiado y amenazan con asfixiar la creatividad. Para apreciar el problema, imaginemos que alguien obtiene el copyright del idioma inglés. Nadie podría decir algo sin tener que pagar honorarios de licencia. Este copyright suprimiría la creatividad de la lengua. Del mismo modo, muchos expertos en informática creen que los lenguajes informáticos fundamentales deben permanecer en el dominio público, donde la gente pueda modificarlos, adaptarlos, mejorarlos y utilizarlos libremente. Así, el sistema operativo Linux se ha convertido en una poderosa herramienta de programación. Sin embargo, a medida que nos alejamos de los sistemas operativos y nos acercamos a programas más aplicados, los propietarios privados controlan los programas más exitosos; por ejemplo, Microsoft Word y Google. Podríamos comparar los sistemas operativos con el idioma inglés y los programas aplicados con las novelas. Estos hechos sugieren un límite natural entre el código abierto y el programa de cómputo propietario. Los programas informáticos cuestionan con vehemencia la ubicación correcta de este límite. Su retórica a veces puede sonar como una guerra religiosa del siglo XVII o como la penosa disputa entre los socialistas y los capitalistas del siglo XX.

El legado histórico del copyright entorpece y obstruye frecuentemente la comunicación entre los estudiosos y retrasa el desarrollo científico. Antes del internet, los estudiosos se comunicaban principalmente por escrito cuando no se hablaban entre sí. La publicación de una revista académica en papel es costosa, por lo que el editor tiene que restringir el acceso mediante el cobro de honorarios de suscripción elevados. Con el internet, el costo de la difusión de artículos de revistas se desplomó; sin embargo, las mismas revistas académicas con sus altos cobros de suscripción dominan muchos ámbitos académicos. Para cambiar la situación, ahora algunos estudiosos se niegan a transferir los derechos de autor sobre sus artículos a los editores de revistas con honorarios de suscripción elevados, o reservan los derechos de difusión en internet para ellos mismos. Una iniciativa llamada "Creative Commons" intenta crear un nuevo estándar de copyright privado que garantiza a los autores el derecho de difusión barata de su investigación a través de internet.[14]

¿Cuál es el futuro del copyright en la era digital? De acuerdo con una visión del futuro, la mayoría de los usuarios de la información digital la bajarán de unos cuantos grandes vendedores que imponen cobros uniformes. En este sistema, la obtención de información se asemeja a la acción de poner dinero en una rocola para escuchar una canción. De acuerdo con el modelo de la "rocola celestial" (véase el libro de Paul Goldstein, citado al final de este capítulo), todo uso de la información digital se asemejará a las estaciones de radio estadunidenses

contemporáneas que deben pagar regalías estandarizadas a una cámara de compensación central cada vez que transmiten una canción. Si triunfa la rocola celestial, el copyright se convertirá en la ley dominante de la era digital. Sin embargo, de acuerdo con otra visión, la ley del copyright morirá porque la tecnología la vuelve innecesaria. En el modelo del "libertarismo digital", la protección técnica mediante la encriptación barata será más eficiente que la protección legal de la propiedad intelectual. Supuestamente, la encriptación barata permitirá que los productores de información digital controlen a los usuarios sin que la ley sea muy necesaria. ¿Son nuevas leyes la respuesta a nuevas máquinas, o serán máquinas nuevas la respuesta a las máquinas nuevas? Si usted cree saber que el futuro traerá consigo la rocola celestial o el libertarismo digital, deberá ir a comprar de inmediato acciones de tecnología.

NOTA WEB V.4

Nuestro sitio web considera mucho más acerca de la economía de los copyrights, tal como la reciente controversia legal acerca de sitios web para bajar material susceptible de copyrights, las objeciones constitucionales contra las extensiones del copyright de fines del decenio de 1990, nuevas propuestas para la reforma del copyright, y una propuesta reciente del juez Richard Posner y el profesor William Landes en favor de un copyright indefinidamente renovable.

3. *La marca comercial*

Muchas organizaciones modernas de bienes y servicios invierten vastas sumas de dinero para establecer símbolos de sus productos que sean fácilmente reconocibles. Por ejemplo, los niños de muchos países reconocen los arcos amarillos que señalan la ubicación de una franquicia de las hamburguesas McDonald's. Tales símbolos son marcas comerciales o marcas de servicios. El derecho común y los estatutos protegían a las marcas comerciales ya en el siglo XIII en Inglaterra. Los derechos de propiedad sobre una marca se pueden establecer por medio del uso real en el mercado, o mediante la inscripción en la oficina de marcas comerciales. El derecho moderno de ellas en los Estados Unidos proviene de la Ley Federal de Marcas Comerciales de 1946, comúnmente llamada Ley Lanham, la cual provee un método para obtener el registro federal de marcas comerciales o marcas de servicios.[15] Como en el caso de las patentes, el solicitante exitoso debe establecer que la marca satisface ciertos criterios, el más importante de los cuales es su carácter distintivo. El registro en la Oficina de Marcas Comerciales de los Estados Unidos otorga al tenedor ciertas protecciones y ciertos derechos, entre los cuales se encuentra el privilegio de colocar al lado de la marca comercial un signo, ®, que indica una marca comercial registrada.[16] El propietario de la marca comercial puede demandar por incumplimiento para evitar el uso no autorizado.

Las marcas comerciales ayudan a resolver el problema de la ignorancia del consumidor acerca de la calidad de un producto. Cuando la calidad es opaca, el

consumidor puede usar la marca comercial como una señal de calidad. Además, las marcas comerciales reducen el costo para el consumidor de buscar un producto dotado de calidades específicas. La principal justificación económica del otorgamiento de derechos de propiedad a las marcas comerciales es el hecho de que reducen los costos de búsqueda del consumidor y crean un incentivo para que los productores ofrezcan bienes de alta calidad.

Antes de la caída del comunismo, en 1989, la comercialización en Europa Oriental muestra lo que puede suceder si no existieran las marcas comerciales. Las tiendas estatales vendían productos sin marca con etiquetas genéricas: "pan", "camisa", "aceite" o "bolígrafo". El consumidor encontraría uno o dos bolígrafos sin marca en el estante de una tienda, por lo que éste no podía decir quién los diseñó o fabricó. La compra era una selección al azar del universo de fábricas estatales. Dado que las fábricas no podían adquirir reputación con los consumidores, no podían competir para mejorar la calidad. En cambio, la ley de marcas comerciales permite que una empresa construya la reputación de alta calidad y publicidad creíble, por lo que podrá competir con otras empresas de estas dimensiones.

El problema general de la credibilidad es fundamental para la economía de la información. Generalmente, los compradores de información no pueden determinar su valor hasta que la tengan. Por ejemplo, un banquero recibió recientemente una carta que decía: "Si me pagas $1 millón de dólares, te diré cómo puede tu banco ganar $2 millones de dólares". La única manera de volver creíble esta afirmación es dándole la información al banco. Pero después de que el banco obtiene la información, no hay razón para pagar por ella. De igual modo, para estimar el valor de un programa de cómputo innovador, un gran comprador como Microsoft debe entender cómo funciona. Pero después de saber cómo trabaja el producto, Microsoft podrá producir su propia versión en lugar de pagar regalías a la compañía pequeña.

¡Es "Coca"!

Una de las marcas comerciales más conocidas del mundo es la palabra "Coca", que describe al refresco de cola embotellado por Coca-Cola Company. Precisamente porque es tan conocida, existe el peligro para Coca-Cola Company de que los consumidores usen la designación de "Coca" para referirse a cualquier refresco de cola y no sólo al producido por Coca-Cola Company. Si ello ocurriera, "Coca" se convertiría en un nombre de producto genérico que cualquier productor podría usar. El departamento de investigación comercial de Coca-Cola, que tiene un presupuesto anual de casi dos millones de dólares, emplea un equipo de investigadores cuyo trabajo consiste en viajar por los Estados Unidos pidiendo "Coca" y "Coca-Cola" en restaurantes y fuentes de sodas. Los investigadores envían luego

muestras de lo que se les sirve a la sede corporativa en Atlanta para que se les realicen análisis químicos. Si la compañía determina que un restaurantero les ha servido algo que no es Coca-Cola, se avisa a ese negocio de su error.

Desde 1945, Coca-Cola ha demandado entre 40 y 60 detallistas por año, quienes sostienen que lo que se encuentra detrás de la vigorosa campaña de la compañía no es un temor de que se viole su marca comercial, sino un esfuerzo insidioso y anticompetitivo para forzar a los detallistas a que traten sólo con Coca-Cola Company. Señalan, además, que con frecuencia resulta demasiado costoso —por ejemplo, en una noche atareada— decir a cada cliente que pide un ron con Coca que en realidad le están dando un ron con Pepsi. En lugar de enfrentar una demanda legal por violación de una marca comercial, muchos de los detallistas simplemente firman con Coca-Cola como su distribuidor exclusivo, afirmando que ello les resulta menos costoso. Los detallistas señalan el hecho de que la Coca tiene una participación de 80% en el mercado de las fuentes de sodas, pero una participación mucho menor en las ventas de los supermercados, como una prueba de que el trabajo del departamento de investigación comercial forma parte de una operación de comercialización anticompetitiva.

(Véase "Mixing with Coke Over Trademarks Is Always a Fizzle: Coca-Cola Adds a Little Life in Court to Those Failing to Serve the Real Thing", *Wall Street Journal*, 9 de marzo de 1978, p. 1, col. 4.)

Adviértase que la justificación económica de las marcas comerciales es diferente de la de las patentes y los copyrights. Al contrario de lo que ocurre con las patentes y los copyrights, la economía de las marcas comerciales no se ocupa de la innovación, el monopolio temporal o la difusión restringida. En consecuencia, no podemos formular el mismo argumento económico para limitar la duración de los derechos de propiedad de las marcas comerciales como en el caso de las patentes y los copyrights. Las limitaciones a la duración de patentes y copyrights se justificaron como intentos de minimizar los costos sociales del monopolio y el rastreo. Sin embargo, las marcas comerciales estimulan la competencia y no imponen costos de rastreo.[17] Es por ello quizá que las marcas comerciales duran para siempre, hasta que son abandonadas. En este sentido, las marcas comerciales se asemejan a los derechos de propiedad sobre la tierra y difieren de otras formas de propiedad intelectual.

La cuestión del alcance de las marcas comerciales tiene un giro interesante. Nada está más establecido en el derecho de las marcas comerciales que la proposición de que los nombres de los productos genéricos no pueden ser marcas comerciales. Por ejemplo, ningún productor de cámaras fotográficas

puede registrar la palabra “cámara” como una marca comercial. Si se permitiera tal marca comercial, su propietario podría demandar a cualquier fabricante de cámaras que anunciara su producto con el uso de la palabra “cámara”. Si los nombres de productos genéricos pudieran ser marcas comerciales, el derecho de las marcas comerciales crearía un poder monopólico, en lugar de facilitar la competencia. A veces, sin embargo, un producto competitivo tiene tanto éxito que su marca comercial se vuelve un nombre genérico. Por ejemplo, la gente habla ahora de “xeroxear” cuando quiere decir “fotocopiar”, o bien de la “cinta scotch” cuando quiere decir cinta de celofán, o de una “Hoover” cuando quiere decir una aspiradora. Cuando esto ocurre, el dueño de la marca comercial debe protegerla demandando a los rivales que usen el nombre genérico para describir sus productos. Si no lo hace, perderá su derecho de la propiedad sobre el nombre genérico.

Este tipo de cosas le sucedieron a la empresa de fármacos Sterling en 1921. En ese año el tribunal de distrito federal de los Estados Unidos decretó que el nombre de la marca comercial de Sterling para el ácido acetilsalicílico, “Aspirin”, se había convertido en la palabra común para cualquier marca de ese fármaco, no sólo para la de Sterling. Después de este fallo todos los productores de ácido acetilsalicílico podrían usar la palabra “aspirina” para describir su producto. Bayer ha podido impedir esta erosión de su nombre comercial, Aspirin, en México y Canadá, donde ninguna compañía distinta de Bayer puede describir su ácido acetilsalicílico como “aspirina”.[18] Para saber cómo protegen sus marcas comerciales los fabricantes de productos muy exitosos, lea el recuadro sobre “Coca” en la página anterior.

Además de la calidad, las marcas comerciales también señalan prestigio. En algunos mercados de Asia oriental un consumidor puede optar por un reloj sin marca y luego elegir el nombre de la marca para ponerla en él. Así, un consumidor puede obtener el prestigio de un reloj que se anuncia como “Rolex” sin tener que pagar el costo. Estas “imitaciones”, las cuales violan las leyes de marcas comerciales, recompensan al consumidor y engañan al fabricante del bien genuino. Desafortunadamente, las herramientas económicas estándar no se diseñaron para el prestigio, y no hacen un buen trabajo de medición de los costos y beneficios de las imitaciones.

PREGUNTA V.8

La duración del copyright aumentó bajo la ley estadunidense en varios pasos desde el siglo XVIII hasta llegar a la vida del autor más 70 años. Supongamos que un escritor completa una novela a la edad de 40 años. Si el escritor vive hasta los 75 años, el copyright durará 105 años. A una tasa de interés de 10%, el valor presente de $1 pagado después de 105 años es mucho menor que 5 centavos. ¿Qué sugiere este hecho acerca de que la duración eficiente del copyright sea mayor o menor que la establecida ahora por la ley?

PREGUNTA V.9

En 1939 el compositor Igor Stravinsky recibió $6 000 de Walt Disney por el derecho de usar *La consagración de la primavera* en la película de dibujos animados *Fantasía*, donde aparece Mickey Mouse. ¿Debería Disney tener el derecho exclusivo de proyectar la película en videocasete, que produjo 360 millones de dólares en recaudaciones en los primeros dos años después de su lanzamiento en 1996, o tienen derecho los herederos de Stravinsky a una parte del dinero?[19]

PREGUNTA V.10

Nadie puede usar una patente sin autorización del propietario de la misma. Pero en un conjunto limitado de circunstancias, otros podrían usar el material con copyright sin el permiso del propietario de los derechos. Por ejemplo, estas circunstancias, llamadas excepciones de "uso justo", permiten a los revisores citar el material con copyright sin permiso, a los maestros les permite fotocopiar o distribuir porciones limitadas de material con copyright de manera electrónica y en sus clases, y a los grupos musicales les permite incluir o "tomar muestras" de la música con copyright en sus propias composiciones.

Utilice la teoría económica para explicar por qué sería eficiente permitir la excepción de uso justo.

PREGUNTA V.11

¿Por qué es eficiente limitar la duración de patentes y copyrights, mientras que los derechos de propiedad real duran casi para siempre (con una excepción importante que se señalará más adelante en este capítulo)?

PREGUNTA V.12

La ley de las marcas comerciales no permite que un propietario venda una marca comercial independiente del producto al que corresponda. Por ejemplo, Coca-Cola no puede vender su uso de la marca comercial "Coca" a otro productor de jarabe de cola; esa marca sólo se puede vender junto con el jarabe producido por Coca-Cola Company o fabricado bajo su supervisión. ¿Puede imaginar una justificación económica para esta restricción?

NOTA WEB V.5

¿Cuáles son los remedios apropiados para el uso ilegal de una patente, un copyright o una marca comercial? Consulte en nuestro sitio web una discusión de la economía de estas cuestiones.

NOTA WEB V.6

Esta sección sólo ha arañado la superficie de los notables desarrollos logrados en la propiedad intelectual durante los últimos 10 años. Consulte en nuestro sitio web más información sobre las cuestiones de esta área del derecho, tales como una discusión sobre la propiedad privada *versus* los programas informáticos de "código abierto", cómo la industria de la moda utiliza la propiedad intelectual, y cómo protegen su propiedad intelectual los magos, cocineros, y comediantes.

C. *Las organizaciones como propiedad*

Las familias, los clubes, las iglesias, las cooperativas, los fideicomisos, las

instituciones de caridad y el Estado son organizaciones que tienen propiedades tales como tierras, edificios y maquinaria. Sin embargo, una organización no es lo mismo que la propiedad de la que es dueña. En algunas clases de organizaciones, los miembros pueden comprar y vender activos, pero nadie puede comprar ni vender la organización. Por ejemplo, nadie es dueño de una familia, un club, una iglesia, una cooperativa, un fideicomiso, una institución de caridad o el Estado. En cambio, las corporaciones (sociedades anónimas) tienen dueños que compran y venden no sólo los activos de la corporación sino también a la corporación misma. En suma, muchas organizaciones son dueñas de propiedades y algunas organizaciones son una propiedad.

Las organizaciones con dueño y sin dueño desempeñan papeles diferentes en la sociedad. Las organizaciones sin dueño desempeñan el papel central en la vida social, la religión y el gobierno, mientras que las corporaciones desempeñan el papel central en la producción y el crecimiento económico. Explicaremos la conexión entre la diferencia de la propiedad y la diferencia de la función.

Para principiar, consideremos qué es una organización. Por lo general, las organizaciones tienen una estructura de puestos creada por las leyes y los contratos, tales como presidente, tesorero u ombudsman. Si bien algunos miembros de las organizaciones tienen cargos, todos los miembros tienen papeles que desempeñar. La estandarización de la división del trabajo crea papeles tales como los de contador, mecánico o agente de compras. Al proveer una estructura de cargos y papeles, las organizaciones coordinan el comportamiento de sus miembros de tal modo que puedan perseguir metas. Cuando la coordinación es muy estrecha, los observadores de la organización le asignan metas a ella, no sólo a sus miembros individuales. Por lo tanto, podemos definir una organización como una estructura de cargos y papeles capaz de la acción corporativa.

Las corporaciones ajustan su estructura para mejorar su desempeño o cambiar sus metas. Las organizaciones con dueño se ajustan en respuesta a la presión de los mercados de organizaciones. Por ejemplo, los funcionarios corporativos que no tienen buen desempeño podrían ver que su compañía es comprada por un nuevo dueño que despide a los administradores antiguos y los sustituye con administradores nuevos. En cambio, una organización sin dueño evita la presión del mercado de organizaciones porque nadie puede comprarla ni venderla.

Debemos considerar cómo un mercado de organizaciones cambia su comportamiento. De acuerdo con la teoría de la negociación de la propiedad desarrollada en este libro, los mercados tienden a mover la propiedad de las personas que la valúan menos a las personas que la valúan más. Por lo tanto, el mercado de organizaciones tiende a mover las organizaciones de los propietarios que las valúan menos a los propietarios que las valúan más. Las corporaciones son primordialmente instrumentos para ganar dinero, de modo que los propietarios de las corporaciones tienden a valuarlas de acuerdo con su

rentabilidad. En consecuencia, el mercado de corporaciones tiende a llevar la propiedad de cada corporación a las personas que puedan obtener mayores beneficios de ellas. En las condiciones ideales descritas en el modelo de la competencia perfecta, la rentabilidad mide el valor social creado por una corporación. Cuando la realidad se aproxima a estas condiciones, el mercado de corporaciones maximiza la riqueza de la nación transfiriendo propiedad a las personas que puedan administrar las corporaciones de manera más rentable.

Dado que nadie es dueño de una familia, un club, una iglesia, una cooperativa, un fideicomiso, una institución caritativa o del Estado, no hay mercados que muevan el control de estas organizaciones hacia las personas con el fin de que puedan volverlas más rentables para ellas. En consecuencia, el propósito primordial de estas organizaciones no es el beneficio. En lugar de ser un instrumento para la creación de riqueza, la mayoría de los miembros consideran que estas organizaciones primordialmente sirven a otros propósitos. Si estas organizaciones tuviesen un dueño, la presión del mercado de organizaciones desviaría su propósito hacia la rentabilidad. Por lo tanto, nadie debe ser dueño de una organización cuyo propósito no es el beneficio, como lo observamos en la práctica.

El dueño de una propiedad disfruta de un poder discrecional sobre ella, incluido el derecho de transformarla. Cuando una organización tiene dueño, éste suele tener el poder de reestructurar sus cargos y papeles, y de cambiar a quienes los ocupan. Este poder legal del dueño sobre una organización a menudo basta para controlarla. En cambio, cuando una organización no tiene dueño, nadie podría controlar sus cargos y papeles. La alternativa de la propiedad es a menudo la gobernanza. Un sistema de gobernanza implica la política y el control colectivo. Para ilustrar la diferencia: el dueño de una corporación pequeña la controla y hace con ella lo que quiera, mientras que los miembros de un club, una iglesia, una cooperativa o un Estado democrático toman decisiones colectivas y participan en la política. La propiedad por lo general es lo mejor para la búsqueda de riqueza, mientras que la gobernanza por lo general es lo mejor para la búsqueda de metas más difusas.

Hemos explicado que distintas organizaciones tienen funciones diferentes, y la función primordial de las corporaciones es la creación de riqueza persiguiendo los beneficios. El mercado de corporaciones ayuda a mantener la administración concentrada en esta tarea. Pero los mercados de corporaciones son a menudo "delgados", lo que quiere decir que hay pocos compradores o vendedores. Por ejemplo, la recesión económica de principios del siglo XXI y la destrucción de las torres del Centro Mundial de Comercio a manos de terroristas causaron una disminución considerable del número de viajeros aéreos. En este entorno, muchas aerolíneas (pero no todas) no son rentables. Esta situación genera presión para que los dueños de aerolíneas poco rentables las vendan. Los compradores potenciales son pocos, porque las aerolíneas son muy caras y su

administración requiere un conocimiento experto. El mercado de líneas aéreas es "delgado" en el sentido de que hay pocos compradores y vendedores. El problema de los mercados delgados se agrava porque las autoridades antimonopólicas pueden impedir que una aerolínea se fusione con otra. En general, bloquear las fusiones para engrosar los mercados de productos adelgaza el mercado de corporaciones.

A medida que un mercado adelgaza, disminuyen las presiones competitivas. Específicamente, los mercados de corporaciones delgados permiten que sus miembros persigan metas distintas de la maximización de los beneficios de la compañía. Para entender este hecho se requiere apreciar la historia del derecho corporativo. Las corporaciones son formas de organización muy antiguas. Por ejemplo, el gobierno británico se financiaba a si mismo parcialmente, en el pasado, vendiendo licencias exclusivas para que grandes corporaciones desarrollaran el comercio en las colonias. Como un ejemplo específico, la Compañía de la Bahía del Hudson se formó en 1670 y pronto se le dio el control del comercio de pieles y otros negocios en el área que equivalían a un tercio del Canadá actual.

Dos importantes innovaciones legales distinguen a estas corporaciones históricas de las corporaciones modernas. Primero, como en el caso de la Compañía de la Bahía del Hudson, los estatutos de las compañías históricas las restringían por la actividad y por la geografía. En cambio, las corporaciones modernas pueden realizar casi cualquier forma de negocio en cualquier lugar. Por ejemplo, una corporación registrada en Indiana puede realizar casi cualquier clase de negocio en cualquier otro estado de los Estados Unidos. (Las corporaciones están restringidas en pocas líneas de negocios que en los Estados Unidos están reservadas para las asociaciones, notablemente el derecho y la contabilidad, o que requieren una incorporación separada, sobre todo los bancos comerciales.) La eliminación de las restricciones en cuanto a las actividades y la geografía aumenta enormemente la competencia entre las corporaciones.

Segundo, los dueños de las corporaciones históricas eran responsables de las deudas de la corporación. Por ejemplo, si la Compañía de la Bahía del Hudson hubiera quebrado en el siglo XVIII, sus acreedores pudierom haber obtenido el pago embargando la riqueza de sus accionistas. Dada una responsabilidad ilimitada de los inversionistas de una compañía por sus deudas, los individuos que invierten deben monitorear y controlar cuidadosamente las políticas de la compañía. En cambio, los dueños de las corporaciones modernas no son responsables de las deudas de la corporación. Por ejemplo, si una línea aérea se va a la quiebra, sus acreedores podrán liquidar sus activos pero no podrán embargar las casas, los automóviles o las cuentas bancarias de sus accionistas. A resultas de la responsabilidad limitada, quienes invierten en acciones corren el riesgo de perder su inversión y nada más. La responsabilidad limitada permite que los individuos inviertan en una compañía sin monitorear o controlar tan

cuidadosamente las políticas de la compañía.

La responsabilidad limitada es un aspecto del problema más general de la separación de los activos de una empresa de los activos de sus propietarios y administradores. Ésta impide que los acreedores de la empresa alcancen los bienes personales de los propietarios de la misma. Un cuerpo de la ley igualmente importante impide que los acreedores de los propietarios alcancen los activos de la empresa; la separación de los activos se denomina "partición", y la no separación de los activos se llama "integración". El derecho corporativo moderno divide los activos de las empresas y de sus propietarios, mientras que el derecho los integra históricamente.

La responsabilidad limitada ha creado una situación que suele describirse como la separación de la propiedad y el control. Esta frase se refiere al hecho de que muchos accionistas de compañías grandes que se venden en mercados de valores las monitorean poco y no tienen ningún control sobre ellas. A veces un pequeño número de inversionistas grandes monitorea y controla la corporación. Sin embargo, a menudo no hay un solo dueño que controle la corporación. Por el contrario, el control de la corporación lo ejercen los administradores. La mayoría de los inversionistas desean ganar dinero, de modo que quieren que los administradores maximicen los beneficios. Pero los administradores tienen sus propias metas.

Un mercado de corporaciones vigoroso puede impedir que los administradores persigan metas distintas de la maximización de los beneficios de la compañía. En general, el mercado de valores eleva el precio de la acción de una compañía hasta que se iguala a la suma de los beneficios futuros esperados de la compañía, descontados a valor presente. Si los administradores no maximizan las ganancias de la compañía, bajarán los beneficios futuros esperados de la compañía, y el precio de su acción declinará. En estas circunstancias, un observador externo podrá tratar de comprar la compañía y sustituir a sus administradores. Como lo pronostica esta teoría, las pruebas econométricas demuestran que el precio de la acción de las empresas aumenta y permanece a un nivel más alto como consecuencia de una adquisición hostil exitosa. Por lo tanto, los nuevos administradores deben volver más rentable a la empresa adquirida. La previsión de la posibilidad de una adquisición hostil ayuda a impedir que los administradores se alejen demasiado de la meta de maximizar las ganancias de la compañía. En cambio, un mercado de corporaciones delgado vuelve improbables las adquisiciones hostiles, de modo que los administradores pueden perseguir metas distintas de los beneficios.

En los últimos años, gran parte de la investigación sobre las corporaciones se ocupa de determinar cómo aminora o agrava la ley los problemas creados por la separación de la propiedad y del control. Por ejemplo, los administradores utilizan diversos instrumentos contractuales para disminuir la posibilidad de que alguien compre la compañía y contrate nuevos administradores (digamos, la

“píldora venenosa”, el “paracaídas de oro”, los “cerramientos”, y las acciones sin derecho de voto). De igual modo, los administradores han logrado que se promulguen estatutos que disminuyen la eficacia del mercado para controlar a las corporaciones (notablemente la Ley Williams).

Antes de iniciar un tema nuevo, queremos conectar la discusión de las organizaciones como propiedad con el análisis de los contratos en el capítulo VIII. El problema de la separación de la propiedad y el control en la corporación moderna tiene una forma analítica general. Los dueños colocan a menudo sus activos bajo el control de otro. En estas circunstancias, los economistas describen al dueño como el “principal” y al controlador como el “agente”. El modelo de principal-agente consiste en redactar un contrato que otorga al agente incentivos para administrar el activo de la manera más conveniente para el principal. En un capítulo más adelante se utilizará el modelo de principal-agente para desarrollar la teoría de los contratos.

PREGUNTA V.13

a) Proporcione un ejemplo concreto de la diferencia entre la propiedad y la gobernanza en organizaciones. En su ejemplo, ¿cuál forma de organización tiene un costo de transacción mayor en la toma de decisiones?

b) Encuentre un ejemplo concreto de una corporación cuyos administradores enfrentan una oferta de adquisición hostil que triunfó. Después de la adquisición, ¿qué ocurrió con los administradores de la empresa adquirida?

D. *Propiedad pública y propiedad privada*

Habiendo discutido la propiedad de las organizaciones, volvemos al examen de la propiedad de activos como la tierra, los edificios y la maquinaria en manos de las organizaciones. Utilizaremos nuestra teoría de la propiedad para explicar la diferencia entre la propiedad privada y la propiedad pública de un recurso. Las externalidades privadas y las públicas difieren según el número de personas afectadas. De igual modo, la propiedad privada y la pública pueden distinguirse por el número de dueños. Un recurso propiedad de un solo individuo es privado. Las corporaciones que son propiedad de un pequeño grupo de accionistas (“corporaciones estrechamente mantenidas” o “corporaciones cerradas”) son “compañías privadas”. Las corporaciones que son propiedad de muchos accionistas son “compañías públicas”. De igual modo, el Estado recibe el nombre de “sector público”. Cuando el Estado es dueño de un recurso, tal como un parque público, decimos a veces que el recurso pertenece a todos los ciudadanos o que no pertenece a nadie más que al Estado.

¿Qué importancia tiene el número de propietarios? Cuando analizamos el teorema de Coase, describimos la negociación entre los dueños de inmuebles separados, tales como el ganadero y el agricultor. La negociación también ocurre cuando varias personas son dueñas de la misma propiedad. Por ejemplo, los

socios de una empresa negocian sobre la asignación de las tareas. La diferencia entre la propiedad privada y la propiedad pública puede describirse como una diferencia en la estructura de la negociación.

La propiedad privada divide a la gente en grupos pequeños. Mientras las externalidades sean privadas, los propietarios privados pueden promover sus intereses cooperando con un pequeño número de personas. La negociación entre pequeños grupos de personas tiende a conducir a la cooperación y el logro de la eficiencia. En consecuencia, la defensa de la propiedad privada se hace con facilidad cuando las funciones de producción y de utilidad son separables, o cuando las externalidades afectan a pocos individuos. En estas circunstancias, la propiedad pública es un error muy costoso.

Veamos un ejemplo tomado de un estudio de los bancos de ostiones a lo largo de las costas del Océano Atlántico y el Golfo en los Estados Unidos.[20] En una etapa temprana de su vida, los ostiones se adhieren permanentemente a algún material subacuático como las rocas. Esta adherencia nos permite imaginar la definición de derechos de propiedad privada sobre los ostiones para los operadores de la pesca comercial. Sin embargo, los estados que se ubican en las costas del Atlántico y del Golfo que tienen industrias del ostión no se han puesto de acuerdo sobre un solo sistema de derechos de propiedad sobre los ostiones. Algunos estados han decidido que las áreas subacuáticas donde tienden a congregarse los ostiones serán de propiedad común para los pescadores de ostiones; cualquiera de ellos puede tomar ostiones de esas áreas, y nadie puede excluir a los demás. Otros estados han decidido que esas áreas estarán disponibles para el arrendamiento privado otorgado por el Estado, y que el arrendatario tendrá los derechos habituales de exclusión y transferencia (con algunas limitaciones). Esta diferencia hizo posible que los profesores Agnello y Donnelly compararan la eficiencia relativa del sistema privado y el sistema comunal de los derechos de propiedad. La medida de la eficiencia que utilizaron fue la productividad de la mano de obra (la producción por persona-hora en la pesca de ostiones). Descubrieron que la mano de obra se empleaba de modo más productivo en los bancos de ostiones de arrendamiento privado que en los bancos de ostiones comunales. Concluyeron que si todos los bancos de ostiones hubiesen sido de arrendamiento privado en 1969, el ingreso promedio de los pescadores de ostiones habría sido 50% mayor de lo que realmente fue. Eso implica una considerable pérdida de bienestar por causa de la propiedad pública.

Los bancos de ostiones públicos constituyen un ejemplo del agotamiento de un recurso de acceso abierto por causa del uso excesivo. A tal agotamiento se le llama la "tragedia de los comunes".[21] El acceso abierto a un recurso natural congestionado tiene una lógica despiadada con un final terrible, como en una tragedia griega. Había dos correctivos claros para el problema: mover la propiedad del recurso hacia un individuo (quien tendría entonces el incentivo adecuado para invertir en su conservación o uso y para excluir a otros de su uso)

o idear un método aplicable y eficaz para restringir el acceso al recurso común.[22]

Hemos analizado el caso fácil en el que la propiedad privada puede separar las funciones de utilidad y de producción, y donde las externalidades son privadas. Surge un caso más difícil para la elección entre la propiedad pública y la propiedad privada cuando las funciones de producción y de utilidad de muchos dueños son interdependientes y las externalidades son públicas. Para abordar este problema mediante la propiedad privada, las partes afectadas deberán negociar entre si y los costos de transacción son prohibitivos. La propiedad pública es una solución posible. En lugar de una negociación no estructurada y el requerimiento de que todos estén de acuerdo, el cambio de la propiedad privada a la propiedad pública sustituye a la negociación estructurada y un principio de elección colectiva, tal como el de la regla de la mayoría.

Comunes y anticomunes

En lugar de una tragedia de los comunes, la desintegración de la Unión Soviética a principios del decenio de 1990 expuso el problema simétricamente opuesto a los derechos de propiedad.* En vez de que existieran muy pocos intereses de la propiedad, el problema de los comunes, había demasiados. ¿Cómo sucedió esto? Los intereses de la propiedad privada eran generalmente desconocidos durante los 70 años de gobierno comunista, y la gente obtuvo títulos de propiedad de los recursos de maneras idiosincrásicas. Así, por ejemplo, un departamento grande con muchas habitaciones, que antes de la Revolución de 1917 había sido de propiedad privada, se había convertido en el hogar de varias familias diferentes. Cada familia podía ocupar una de las habitaciones del departamento y compartir el uso de la cocina y del sanitario. Cuando terminó el comunismo, estas familias pensaban que tendrían derecho continuo a la propiedad de sus habitaciones individuales y de los espacios comunes. Supongamos que si se integran en un departamento de un solo dueño —el departamento comunitario, como se le llamaba— éste tendría un valor de $500 000. Digamos que en la actualidad hay cuatro familias de inquilinos ocupando cada habitación y compartiendo el uso de los espacios comunes. Si se vende por separado, los intereses de los inquilinos alcanzarían un precio de, suponemos, $25 000, o $100 000 dólares en total. Convertir el departamento comunitario en uno solo generaría $400 000 dólares en valor. Pero a menudo sucedió que los costos de reunir los intereses individuales de los inquilinos en un conjunto más valioso fueron tan elevados que impidieron el uso más valioso del recurso.

La tragedia de los anticomunes ocurre cuando a varios propietarios se les otorga el derecho de excluir a otros de un recurso escaso, y nadie tiene un privilegio efectivo de utilización. Los intereses de la propiedad pueden

dividirse con tanta precisión como para imponer costos de reunión significativos para los usuarios posteriores que quieran consolidar los intereses de la propiedad en un todo más valioso. Heller y otros han argumentado que precisamente este problema de los anticomunes surge en la investigación biomédica.[†] Veremos un ejemplo adicional en el recuadro del dominio público más adelante en este capítulo. Los comunes y los anticomunes sugieren problemas simétricos de "baja aplicación de las doctrinas de bienes inmuebles" y de "sobre aplicación de las doctrinas de bienes inmuebles". Así como el potaje de los tres osos podría estar demasiado caliente o demasiado frío o en el punto exacto, también el derecho podría definir los intereses de la propiedad demasiado bien o en lo absoluto o en la medida correcta.

Por ejemplo, consideremos los pastizales en las montañas de Islandia.[23] Dividir los pastos montañosos entre propietarios individuales requeriría que fuesen cercados, lo que es excesivamente caro. Por lo tanto, esos pastos se explotan en común, de modo que cada aldea es dueña de diferentes pastizales separados por accidentes naturales tales como lagos y picos montañosos. Si cada habitante de la aldea pusiera cuantas ovejas quisiera en el pastizal común, las praderas podrían ser destruidas y erosionadas por el uso excesivo. En efecto, los pastizales comunes de las montañas de Islandia no han sido explotados en exceso ni destruidos porque los aldeanos tienen sistemas de gobierno eficaces. Los aldeanos han adoptado ciertas reglas para proteger y preservar los pastizales comunes. Las ovejas pastan en pastizales comunes en las montañas durante el verano y luego regresan a granjas individuales de los valles durante el invierno. El número total de ovejas que se permite en los pastizales montañosos durante el verano se ajusta a su capacidad de sostenimiento. Cada miembro de la aldea recibe una parte del total en proporción a la cantidad de tierra agrícola en la que cultiva heno para la alimentación de las ovejas en el invierno.[24]

Algunas discusiones acerca de la superioridad de la propiedad privada sobre la propiedad pública equiparan la propiedad pública con acceso abierto a los recursos. Esta equiparación es demasiado simplista. En efecto, el público en general no tiene un acceso libre a la mayor parte de la propiedad pública. Por ejemplo, los parques nacionales de los Estados Unidos son de propiedad pública, pero se cobra una cuota para entrar; muchas actividades requieren reservaciones por adelantado (una forma de racionar el tiempo), y nadie puede pastorear animales ni cortar madera. La tragedia de los comunes, en su forma totalmente desastrosa, requiere una parálisis política que impide al gobierno detener la destrucción de un recurso. Esta parálisis parece haber llegado a una etapa avanzada para algunos recursos, como las pesquerías. Para otros recursos hay síntomas de parálisis, pero no el desastre total. Por ejemplo, el gobierno federal

es dueño de vastas tierras en el oeste de los Estados Unidos, y vende permisos para el pastoreo, la silvicultura y la minería en esas tierras. El dominio federal se administra de manera ineficiente y, en consecuencia, el ambiente se está deteriorando.[25]

La caída del comunismo en Europa Oriental identificó un tipo de problema de la propiedad que había pasado inadvertido. Muchas tiendas en Moscú permanecieron cerradas durante varios años, mientras que los quioscos callejeros concurridos aparecieron en la calle frente a ellos. Las tiendas potencialmente rentables permanecieron cerradas porque mucha gente tenía el poder legal o efectivo para evitar que cualquiera hiciera uso de ellas. Hubo varios vetos como resultado del exceso de leyes socialistas promulgadas bajo el régimen comunista. La circunstancia en la que todo el mundo podía evitar que alguien hiciera uso de una tienda de Moscú es la imagen del mar a escala, donde nadie podría impedir que un individuo pescara. El problema del mar ya se había nombrado como la "tragedia de los comunes", por lo que el problema de las tiendas de Moscú se nombró "tragedia de los anticomunes". Una vez que surgen los anticomunes, la recolección de los derechos en paquetes útiles de propiedad privada puede ser lenta y brutal. La propiedad privada asigna cada recurso a un individuo que lo posee, y el propietario puede controlar el acceso mediante la exclusión de usuarios. Los propietarios privados deben asumir el costo de mantenimiento de los límites. La propiedad privada funciona bien cuando las funciones de producción y de utilidad son separables o cuando las externalidades afectan a pocas personas que pueden negociar entre sí. La propiedad pública se presenta en tres formas. Primero, el acceso abierto permite que todos puedan utilizar un recurso y nadie puede excluir a nadie de su uso; no se gasta en el mantenimiento de límites. El acceso abierto funciona bien cuando el recurso está descongestionado, mientras que la congestión provoca un uso excesivo trágico. Segundo, el control político permite que los legisladores o reguladores impongan normas referentes al acceso. El acceso limitado es la norma más común para la propiedad del Estado, incluyendo los terrenos públicos. Tercero, lo contrario al acceso abierto es el consentimiento unánime, que no permite el acceso a nadie a menos que todos estén de acuerdo. La necesidad del consentimiento unánime entre varios propietarios provoca una subutilización trágica. En circunstancias especiales en las que el objetivo es preservar un recurso en su condición de desuso, la subutilización es fortuita en vez de trágica.

Sería sorprendente que una pequeña aldea homogénea de Islandia se viese paralizada políticamente hasta el punto de no poder administrar los recursos públicos. Pero un país grande y heterogéneo como los Estados Unidos enfrenta problemas mucho más difíciles en la administración de sus recursos públicos. Una solución es reducir la propiedad pública mediante la venta de tierras de propiedad federal. El valor de mercado de los productos generados por las tierras del oeste de los Estados Unidos sería seguramente mayor si se transfiriera al

control privado la tierra que ahora se encuentra bajo el control público.

Sin embargo, es poco probable que este argumento persuada a quienes desean que las tierras vírgenes sean subutilizadas. La mayoría de los ecologistas cree que las tierras públicas no deberían administrarse con el propósito de maximizar el valor de mercado que generan. Todos tienden a creer que algunas cosas son más valiosas que la riqueza (por lo menos en el margen), como ocurre con la libertad o la verdad; las tierras vírgenes son uno de esos valores para algunas personas. Así como los individuos que aman la libertad no decidirían si las personas tienen derecho a hablar preguntando si la gente pagaría más por escucharlas o por que guardaran silencio, quienes aman las tierras vírgenes no decidirían jamás si deben construirse condominios en el sitio donde anidan los cóndores de California preguntando si los constructores pagarían más que los ecologistas por la tierra. Los ecologistas suelen oponerse a la venta de tierras públicas a intereses privados porque su objetivo es limitar el desarrollo antes de incrementar el rendimiento. Dada la amplitud del desacuerdo existente entre los ecologistas y los constructores, parece seguro que se gastarán vastos recursos en disputas políticas sobre la forma de gobernar las tierras públicas en el oeste de los Estados Unidos.

PREGUNTA V.14

Las empresas cooperativas son de propiedad colectiva, y sus destinos se dirigen mediante un gobierno compartido. Utilice la teoría precedente para analizar la administración de algunas empresas cooperativas con las que esté familiarizado, como una cooperativa lechera, un edificio de departamentos en condominio, un kibutz israelí, una granja menonita, una comuna, etcétera.

¿CÓMO SE ESTABLECEN Y VERIFICAN LOS DERECHOS DE PROPIEDAD?

Como se explicó en el capítulo anterior, la delineación clara de los derechos de propiedad facilita la negociación y el intercambio voluntario. Si los derechos de propiedad no son claros, las partes tienen un incentivo para negociar y aclararlas. Sin embargo, la delineación y el cumplimiento de los derechos de propiedad son costosos. En consecuencia, es necesario equilibrar el beneficio de la alineación de los derechos de propiedad con los costos. En esta sección consideraremos cómo las leyes alcanzan ese equilibrio.

A. *Establecimiento de los derechos de propiedad sobre la propiedad fugitiva: la primera posesión* versus *la propiedad atada*

El problema de la definición de los derechos de propiedad parece claro en el caso de objetos tales como la tierra y las casas, que tienen límites definidos y no se mueven. Pero ¿qué diremos de los objetos que se mueven o que tienen límites indefinidos, como el gas natural o los animales silvestres? La "propiedad fugitiva", como se llama a tales cosas, crea un problema legal como se ilustra en

el caso de Hammonds *vs*. Central Kentucky Natural Gas Co., 225 Ky. 685, 75 S.W. 2d 204 (Tribunal de Apelación de Kentucky, 1934). La Compañía de Gas Natural del Centro de Kentucky (Central Kentucky Natural Gas Company) rentó terrenos en cuyo subsuelo había grandes depósitos de gas natural. En medio de algunos de estos terrenos rentados había tierras que no eran propiedad de la compañía ni estaban rentadas por ella. El domo geológico de gas natural del que la compañía extraía su provisión se encontraba en parte debajo de la tierra rentada y en parte debajo de la tierra no rentada. Hammonds era propietario de 24 hectáreas de tierra por encima del domo geológico explotado por la compañía de gas, pero no había rentado a la compañía los derechos del subsuelo de su tierra. Cuando la compañía de gas extrajo del domo gas natural y petróleo, Hammonds demandó a la compañía de acuerdo con la teoría de que la demandada se había apropiado ilegalmente de una parte del gas natural que estaba debajo de la tierra de Hammonds.

En este caso resulta difícil, si no es que imposible, identificar cuál gas natural provenía del subsuelo de la tierra no rentada y cuál provenía del subsuelo de la tierra rentada. El problema del establecimiento de la propiedad puede resolverse adoptando cualquiera de dos reglas legales:

1. Primera posesión: el petróleo y el gas no son propiedad de nadie mientras no se conviertan en una posesión efectiva mediante la extracción, o

2. Propiedad atada: el propietario de la superficie tiene el derecho exclusivo a los depósitos del subsuelo.

De acuerdo con la primera regla, la compañía de gas tenía derecho a extraer todo el gas natural del domo, independientemente de que tuviera o no derechos sobre la superficie. Pero de acuerdo con la segunda regla, la compañía de gas sólo tenía derecho a extraer el gas natural que se encontrara en el subsuelo de la tierra que tuviese en propiedad o que hubiera rentado.

Las consecuencias de estas dos reglas para la exploración y explotación eficientes del gas natural son muy diferentes. De acuerdo con la primera regla, el petróleo o el gas fugitivos no son propiedad de nadie mientras no sean poseídos por alguien, de manera que la primera persona que los posea se convertirá en su propietario. Por lo tanto, podemos llamar a esta regla la regla de la primera posesión. Ésta aplica la máxima legal de "primero en tiempo, primero en derecho" y se ha utilizado durante siglos para establecer los derechos de propiedad. Por ejemplo, en el árido suroeste de los Estados Unidos, la ley estatal permitía que una persona obtuviera un derecho sobre el agua de una corriente si era la primera persona en usarla para fines de la minería o la irrigación. (Véase el recuadro "La propiedad del océano".) Ahora hay pocas oportunidades de reclamar tierras o aguas que nadie posee, pero la regla de la primera posesión se aplica a algunas formas importantes de propiedad intangible, como ocurre con

los inventos.

Una gran ventaja de la regla de la primera posesión es que se centra en unos cuantos hechos simples, de modo que su aplicación es relativamente simple y barata. En el caso de que surja una disputa acerca de la propiedad, determinar quién poseyó primero la propiedad en cuestión suele ser muy claro. Por ejemplo, las pruebas materiales por lo general revelan quién explotó primero una fuente de agua. Sin embargo, la regla de la primera posesión tiene una desventaja económica: crea un incentivo para que algunos individuos alejen a otros haciendo inversiones antieconómicas para obtener la propiedad de un bien. Es fácil explicar por qué la regla de la primera posesión crea un incentivo para invertir demasiado prematuramente. De acuerdo con esta regla, una inversión apropiada transfiere al inversionista la propiedad de un recurso. El dueño de un recurso escaso puede rentarlo a otros, y la renta aumenta a medida que un recurso se vuelve más escaso. En efecto, la renta es el valor de escasez del recurso. Bajo la regla de la primera posesión, una inversión genera así dos tipos de beneficios para el inversionista: 1)la producción (se produce más con los recursos existentes), y 2)la renta futura (el valor de escasez del recurso en el futuro).

Por ejemplo, supongamos que la ley permite que una persona adquiera la propiedad de tierras "ociosas" con sólo cercarlas. El cercado de las tierras aumenta la productividad, digamos, de la ganadería. Por hipótesis, el cercado de la tierra también transfiere su propiedad a la persona que construya la cerca. Supongamos que cercar las tierras ociosas cuesta más que el beneficio derivado de la ganadería a los precios actuales, pero que todos esperan que el valor de uso de la tierra aumente a medida que la población crezca en el futuro. Los inversionistas podrían construir cercas inútiles para "excluir" a otros y asegurar el título sobre la tierra.

La inversión excluyente ilustra un principio económico general aplicable a la regla de la primera posesión. Cuando el Estado otorga derechos de propiedad, los individuos contienden vigorosamente para obtener un título. En una contienda por el título, los individuos tratan de lograr que se les transfieran derechos de propiedad. Sin embargo, la eficiencia económica se ocupa de la producción de riqueza, no de su transferencia. Las inversiones que se hacen para transferir riqueza, no para producirla, son socialmente ineficientes.

En términos técnicos, la eficiencia social requiere que los inversionistas mejoren la propiedad hasta que el costo marginal sea igual al incremento marginal del valor productivo. La regla de la primera posesión hace que los inversionistas mejoren la propiedad hasta que el costo marginal se iguale al valor marginal de la suma de la producción incrementada más la propiedad transferida. Según la regla de la primera posesión, el efecto de transferencia provoca así una sobreinversión en las actividades que la ley define como necesarias para obtener la posesión legal. Conviene a los inversionistas, pero no

a la eficiencia social, el mejoramiento de la propiedad a fin de transferir la propiedad.

Por ejemplo, consideremos la Ley de Asentamientos de 1862 en los Estados Unidos, que establecía reglas que permitían a los ciudadanos en general adquirir hasta 76 hectáreas de tierras públicas en el oeste. La ley exigía que los reclamantes cumplieran ciertos requisitos antes de que pudieran adquirir el título. El reclamante debía firmar un documento en el que jurara que era jefe de la familia o tenía 21 años de edad, y que la reclamación se hacía "para el propósito del asentamiento y el cultivo efectivos, y no —directa o indirectamente— para el uso o beneficio de ninguna otra persona". Además, antes de que se adquiriera el título íntegro a 1.25 dólares por hectárea, el reclamante debía residir en la tierra reclamada durante seis meses y hacerle mejoras "adecuadas". Estos requisitos buscaban minimizar los efectos de transferencia y estimular la producción. Sin embargo, en la práctica los requisitos se vigilaban débilmente (como ocurría en general con el requisito de la residencia) y se evadían con facilidad (como ocurría cuando las mejoras "adecuadas" consistían en construir casas en miniatura —en realidad, casas de muñecas grandes— en la tierra reclamada). La ocupación, así como el desarrollo de la frontera estadunidense, ocurrió a un ritmo más rápido que el que habrían generado los mercados competitivos o una Ley de Asentamientos aplicada estrictamente.

Al revés de lo que ocurre con la regla de la primera posesión, no hay ninguna brecha de propiedad de acuerdo con la segunda regla para el gas fugitivo, según la cual todo el gas del subsuelo pertenece al propietario de la superficie. Por extensión, la segunda regla sugiere que los animales silvestres pertenecen a los dueños de algún pedazo de tierra, como sería el terreno donde nació el animal. Es posible que la propiedad de los peces y otros recursos marinos esté atada a la propiedad del fondo del océano. En general, la segunda regla, llamada regla de la propiedad atada, ata la propiedad de los bienes fugitivos a la propiedad asentada.

A menudo, el derecho común y el civil atan la propiedad mediante la aplicación del principio de adhesión. Según este principio, algo nuevo es propiedad del dueño de la propiedad próxima o prominente. Por lo tanto, un ternero recién nacido pertenece al dueño de la vaca madre, un terreno nuevo derivado de un cambio en un río pertenece al dueño de la orilla del río; el propietario de una marca tiene el derecho exclusivo de utilizarla en un nombre de dominio de internet; el propietario de un copyright tiene el derecho exclusivo para adaptar el trabajo a otro medio; el propietario de un departamento también es dueño de todas las instalaciones fijas que un inquilino ponga en las paredes; una nueva oportunidad de negocio descubierta por un empleado de la empresa en el curso del trabajo pertenece a la empresa; y un carpintero que, sin saberlo, utiliza madera de alguien más para hacer un barril la posee (pero debe pagar una indemnización al propietario de la madera).[26]

Cuando se ata la propiedad de los bienes fugitivos a la propiedad asentada, se

evita la inversión excluyente, a condición de que ya estén establecidos los derechos de propiedad del recurso al que se ata la propiedad fugitiva. Por ejemplo, todo el gas es ya propiedad de alguien de acuerdo con la segunda regla, porque todos los derechos sobre la superficie son ya propiedad de alguien, de modo que la regla no provee ningún incentivo para adquirir la propiedad extrayendo demasiado gas prematuramente. De igual modo, si el salmón fuese propiedad de quienes son propietarios de las corrientes donde desovan los salmones, los propietarios no se los acabarían pescando demasiado salmón.

El problema de la segunda regla, como lo ilustran los hechos del caso Hammonds, es la dificultad para establecer y verificar los derechos de propiedad. La homogeneidad del gas natural y su dispersión en cavernas vuelve difícil y costoso probar su ubicación subterránea original.

Nuestro análisis de los recursos fugitivos revela un dilema común del derecho de la propiedad:

> Las reglas que atan la propiedad a la posesión tienen la ventaja de ser fáciles de administrar y la desventaja de que ofrecen incentivos para la inversión antieconómica en actos de posesión, mientras que las reglas que permiten la propiedad sin la posesión tienen la ventaja de evitar la inversión excluyente y la desventaja de ser muy costosas de administrar.

La elección de la regla más eficiente en un caso como el de Hammonds requiere balancear el incentivo para la sobreinversión según la regla de la primera posesión, contra el costo de administrar y ejecutar la propiedad sin la posesión. (Además de la primera posesión y de la posesión atada, otras formas de asignación de los derechos iniciales incluyen subastas, loterías y preferencias basadas en atributos tales como necesidades, logros, etnia y género.)

PREGUNTA V.15

He aquí la parte crítica del caso de Pierson vs.Post:[27]

> ... Post, en posesión de ciertos perros sabuesos, "se encontraba en cierta tierra deshabitada, ociosa y sin posesión, llamada la playa, cuando descubrió y empezó a perseguir a una de esas bestias perniciosas llamadas zorras" y mientras estaba allí cazando, correteando y buscando a la zorra con sus perros, y cuando la tenía a la vista, Pierson, sabedor de que la zorra estaba siendo cazada y perseguida, la mató a la vista de Post y se la llevó para impedir que Post la cazara. Se emitió un veredicto en favor de [Post, quien era] el demandante. [Pierson apeló] [...] Por poco cortés y poco amable que haya sido la conducta de Pierson hacia Post, en este caso, su acto no produjo ningún perjuicio o daño por el que pueda aplicarse un remedio legal. Opinamos que el fallo del inferior fue erróneo y debe revocarse.

¿Esta decisión ejecuta un principio de propiedad atada o un principio de primera posesión? Advierta que el caso, que es típico en los cursos introductorios sobre el derecho de la propiedad en las universidades estadunidenses, parece irrelevante para las condiciones modernas porque al

parecer la primera posesión de zorras no conduce a la captura excesiva de ellas prematuramente.

El análisis económico sugiere que no debería serlo por una preocupación acerca de cuál cazador es el propietario de una zorra. Explique los costos y los beneficios que deben ponderarse en un análisis de eficiencia de este caso.

PREGUNTA V.16

¿Puede defenderse la proposición de que la regla de la primera posesión es un principio de "justicia natural"?

B. *Cuándo se deben privatizar los recursos de acceso abierto: congestionamiento* versus *mantenimiento de la frontera*

Hemos analizado varios ejemplos tomados de la historia de los recursos sin propietario que se convierten en propiedad privada. ¿Cuándo se adquiere la propiedad de los recursos que no tienen propietario? La economía sugiere una respuesta.

La regla de la primera posesión se aplica a menudo cuando la propiedad se tiene en común y es accesible al público. La propiedad que es accesible al uso de un público amplio se llama un recurso de acceso abierto. Por ejemplo, los mares son una propiedad común a la que el público tiene acceso. En muchos casos, los peces y los mamíferos del mar pueden ser propiedad de quien los pesque. En consecuencia, los peces y los mamíferos marinos se han pescado mucho más allá del nivel económico, algunos de ellos hasta el borde de la extinción. De igual modo, en gran parte del mundo, en la tierra de caza común se caza en exceso, en la tierra de pastoreo común se apacienta en exceso, y los bosques públicos se explotan en exceso. Gran parte de la erosión del suelo y del agotamiento de los bosques del mundo se debe a la regla del acceso abierto.

Algunos términos técnicos nos ayudarán a explicar la irracionalidad económica de la situación. El "rendimiento máximo sustentable" es el rendimiento más grande que puede sostenerse a largo plazo. Para maximizar el rendimiento, la aplicación de mano de obra y capital debe expandirse hasta que el producto marginal de la mano de obra y del capital sea igual a cero. Todas las grandes pesquerías del mundo se explotan ahora más allá del rendimiento máximo sustentable, lo que quiere decir que el producto marginal de la mano de obra y del capital es negativo. En estas circunstancias, la captura en las pesquerías aumentaría simplemente haciendo menos esfuerzo y reduciendo los gastos en mano de obra y capital. De igual modo, el rendimiento de muchos bosques de acceso abierto aumentaría si se invirtiera menos esfuerzo y se talaran menos árboles, y el rendimiento de muchos pastizales de acceso abierto aumentaría si se invirtiera menos esfuerzo y se mantuvieran menos animales. Las pesquerías, los bosques y los pastos sobreexplotados son análogos a una fábrica con tantos trabajadores que se tropiezan unos con otros y se estorban, de modo que el producto total de la fábrica aumentaría tan sólo con reducir el número de

personal. Nada podría ser más irracional que la asignación de personas para que trabajaran en empleos con productividad negativa.

La prevención del uso excesivo de los recursos comunes implica el control del uso por medios distintos de la regla del acceso abierto. La propiedad atada es uno de esos métodos. Por ejemplo, para impedir el pastoreo en exceso de los pastos comunes, las comunidades pequeñas de Islandia ataban tradicionalmente el acceso a los pastos comunes a la producción en pastos privados. Específicamente, se permitía que los agricultores apacentaran animales en las tierras altas comunes en el verano, de acuerdo con una fórmula basada en el número de animales que cada agricultor sostuviera en el invierno con el heno cultivado en los pastos privados de las tierras bajas.[28]

Otro método para impedir el uso excesivo es la privatización, lo que en este contexto significa convertir la propiedad pública en propiedad privada. Por ejemplo, muchas personas pueden cultivar la tierra común, pescar en el mar o sacar corales de los arrecifes. En cambio, un propietario privado puede excluir a otros del uso de su recurso. Otorgar derechos de propiedad privada sobre la tierra, las ballenas o los elefantes cerraría el acceso limitándolo al propietario. Por lo tanto, cercar la tierra la convierte de propiedad pública en propiedad privada; algunas corrientes de salmones han sido convertidas en propiedad privada, y algunas aldeas han recibido la propiedad de arrecifes de coral.

La propiedad del océano

El agua cubre 70% de la superficie de la Tierra en la forma de océanos, pero casi el total de esa vasta cantidad de agua no está afectado por derechos de propiedad bien definidos. A fines del siglo XVI y principios del XVII, los grandes viajes de descubrimiento y los imperios marítimos que así surgieron en Europa requerían reglas internacionalmente aceptadas sobre los derechos de uso del océano. Estos derechos se catalogaron por primera vez en el famoso *Mare Liberum* del holandés Hugo Grocio. Grocio señaló que "siendo el mar, como el aire, imposible de atrapar, no puede asignarse a la posesión de una nación en particular". En el sistema sugerido por Grocio, que prevaleció en el derecho internacional durante cerca de 300 años, cada nación tendría derechos exclusivos al uso del océano dentro de tres millas medidas a partir de sus costas; esa zona se llamaría "mares territoriales". (La distancia de tres millas no se eligió al azar; era la distancia que podía viajar una bala de cañón de principios del siglo XVII.) Más allá del límite de tres millas, Grocio aconsejaba que la "alta mar" debería ser un recurso común del que no se podría excluir legítimamente a nadie, fuera de los piratas.

El uso creciente de la alta mar a principios y mediados del siglo XIX llevó a sustituir la doctrina del "uso libre" con la doctrina del "uso razonable". Después de la segunda Guerra Mundial, la creciente importancia de la

navegación, la pesca, los depósitos marinos de petróleo y gas, y la minería del lecho marino hizo que se derrumbara el sistema legal de los derechos oceánicos. El presidente Truman anunció en 1945 que los derechos exclusivos de los Estados Unidos a los recursos orgánicos subacuáticos —como el petróleo y el gas natural— se extenderían hasta el borde de la plataforma o el margen continental, un área que se extendía por 200 millas a partir de la costa atlántica de los Estados Unidos. Otras naciones formularon con rapidez reclamaciones similares. Al revés de estas acciones unilaterales, los intentos de cooperación internacional han logrado resultados variados.

Por ejemplo, cuando la tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS, por sus siglas en inglés) se reunió en 1973, había un consenso general acerca de que el mar territorial se establecería en el límite de las 12 millas, y que debería haber una "zona económica exclusiva" controlada en gran medida, pero no completamente, por el Estado costero, que se extendería por 200 millas a partir de la costa, la extensión general de la plataforma continental.

No había un consenso general acerca de lo que se debería hacer con los derechos de propiedad de las áreas ubicadas más allá de este límite de 200 millas, y la disposición de estas áreas fue la que planteaba los problemas realmente difíciles. Los países desarrollados defendían un sistema de desarrollo basado en los derechos de la propiedad privada, mientras que los países en desarrollo ofrecían un sistema de derechos de propiedad común. Finalmente se llegó a un arreglo llamado sistema *paralelo*. Habría un desarrollo privado y una compañía financiada y operada por la ONU, llamada la "Empresa". A fin de dar a la Empresa la capacidad para competir con los países más avanzados del mundo desarrollado, se crearía una Autoridad Internacional del Lecho Marino (ISA, por sus siglas en inglés) para asignar los derechos de explotación de los océanos. La conferencia especificó una variante ingeniosa del método de "yo parto y tú escoges" para la repartición del pastel, para asignar los derechos de explotación. Antes de iniciar operaciones, una organización privada o estatal debería presentar a la ISA dos sitios potenciales de operación. La Autoridad escogería luego uno de esos sitios para que la Empresa lo desarrollara, y permitiría que el solicitante se encargara de la explotación del otro sitio.

Los Estados Unidos se negaron a firmar el tratado definitivo, aunque 117 países lo firmaron finalmente en diciembre de 1982. Con el tiempo, las objeciones de los Estados Unidos a las disposiciones faltantes de la UNCLOS III han desaparecido o se han probado infundadas. El tratado entró en vigor en 1994, Estados Unidos lo firmó, pero el Congreso no lo ha ratificado.

PREGUNTA V.17

¿Cómo responden a la eficiencia estos desarrollos históricos, y en qué medida responden a la distribución del poder político?

La conversión de la propiedad común en propiedad privada implica este dilema: una regla de acceso abierto causa el uso excesivo de un recurso, mientras que los derechos de propiedad privada requieren una exclusión costosa de quienes no son dueños. Esta formulación sugiere el momento en que una sociedad económicamente racional cambiará la regla legal para un recurso, del acceso abierto a la propiedad privada. Cuando el recurso no está congestionado y el mantenimiento de la frontera es caro, el acceso abierto es más barato que la propiedad privada. Pero a medida que pasa el tiempo puede aumentar el congestionamiento y puede mejorar la tecnología del mantenimiento de la frontera. Eventualmente podría llegarse a un punto en el que la propiedad privada resulte más barata que el acceso abierto. Una sociedad económicamente racional privatizará un recurso en el momento en que el mantenimiento de la frontera cueste menos que el uso excesivo del recurso.[29]

Esta teoría formula pronósticos claros acerca de la privatización. Por ejemplo, pronostica que la invención del alambre de púas, que redujo el costo del mantenimiento de la frontera, donde había poco material de cercado, promovería la privatización del territorio público en el oeste de los Estados Unidos. También pronostica que se crearán derechos de propiedad en el espectro electromagnético cuando las radiodifusoras empiecen a crear interferencia entre si. Algunos hechos confirman los pronósticos de esta teoría y otros los refutan. En apariencia, las sociedades son, a menudo, racionales, como postula la teoría, pero no perfectamente racionales. La política conduce a negociaciones y compromisos que violan los requerimientos de la eficiencia económica. Véanse algunos ejemplos de estos compromisos en el recuadro “La propiedad del océano”.

PREGUNTA V.18

Lea el siguiente relato de la historia del derecho del agua y analice si la ley parece haber evolucionado o no hacia la eficiencia económica.

El agua ha sido siempre uno de los recursos naturales más valiosos, pero en virtud de que tiende a escurrirse, siempre ha habido problemas para definir y asignar los derechos de propiedad sobre ésta. En Inglaterra, hace varios siglos, la regla general era que los derechos correspondían al “propietario ribereño”, es decir, a la persona que fuese propietaria de la tierra del banco del río. El derecho principal del propietario ribereño se aplicaba a un flujo de agua más allá de su tierra. Sería una violación de los derechos de otro el hecho de que un usuario ubicado río arriba usara el agua que pasara por su propiedad en forma tal que se

redujera el flujo para los usuarios ubicados río abajo. Por lo tanto, el usuario ubicado río arriba no podría desviar tanta agua para su propio uso, de modo que el flujo disminuyera significativamente para los usuarios ubicados río abajo. Un propietario ribereño tenía limitada su capacidad para vender agua a los propietarios no ribereños (es decir, a las personas que no fuesen propietarios de tierras a la orilla de la corriente). Sin embargo, en el siglo XIX fue necesario modificar este arreglo legal porque la demanda industrial del flujo natural de un río con frecuencia superaba a la oferta. En el este de los Estados Unidos, estos problemas se resolvieron elaborando la teoría del flujo natural de los derechos del agua, que se había tomado del derecho común inglés. En el oeste de los Estados Unidos surgió otra teoría de los derechos del agua. Según la teoría del uso razonable, el propietario ribereño tiene derecho a usar el flujo acuático en una manera razonable. Se consideraba razonable que un propietario usara toda el agua de una corriente o un lago cuando otros no la estuviesen usando. Según la misma teoría, un propietario ribereño no tiene derecho al flujo del agua natural. Adicionalmente, un propietario ribereño podía transferir derechos a no ribereños.

C. *Registro y transferencia del título: costos de verificación* versus *costos de registro*

Marcar el ganado, estampar un número de serie en un motor de automóvil, grabar un número de seguro social en un televisor: éstos son algunos de los procedimientos con los que los particulares tratan de probar su propiedad de bienes valiosos. Por lo tanto, las marcas se registran para evitar la duplicación o superposición. Los inspectores de marca empleados por las empresas estatales o privadas pueden vigilar las violaciones. A pesar de estos instrumentos, en ocasiones la gente "compra" bienes que el vendedor no tenía derecho a vender. Esta sección se ocupará de la verificación de la propiedad y de los remedios que se pueden emplear cuando se "vende" un bien sin el permiso del dueño.

Supongamos que usted decide hacer realidad un sueño de comprar una granja. Encuentra una parcela en el campo que le gusta y se acerca al granjero que vive allí. Tras discutir los límites, la fertilidad y el drenado de la parcela, el granjero ofrece venderle la tierra a un precio atractivo. Cierra el trato con un apretón de manos. A la semana siguiente regresa con un cheque, se lo entrega al agricultor, y poco tiempo después se muda a la propiedad. Dos semanas más tarde, un hombre toca a la puerta de la cabaña, declara que es el dueño de la propiedad y explica que ha venido a echar al nefasto inquilino que rentaba la cabaña en la que usted está viviendo. En este momento, recuerda el chiste que empieza así: "Oiga, amigo, ¿le gustaría comprar el Puente de Brooklyn?"

Cuando compra algo, debe estar seguro de quién es el propietario legal y tratar con él. Un método confiable y barato para determinar la propiedad impide los fraudes, como el de los inquilinos que se hacen pasar por dueños. Hay varios

procedimientos para crear un registro de la propiedad. Considérese la historia —presumiblemente apócrifa— de "registrar" los títulos en la Inglaterra medieval, cuando pocos sabían leer. Se dice que el vendedor entregaba al comprador un pedazo de césped y una ramita tomados del inmueble, en una ceremonia celebrada ante testigos conocidos como *magistrados de la posesión*. Después los adultos apaleaban a un niño que hubiese presenciado la entrega con la severidad suficiente para que el niño recordara ese día mientras viviera, con lo que se creaba así un registro viviente de la transferencia.

Afortunadamente, ahora tenemos mejores métodos para registrar los títulos de la tierra. En los Estados Unidos no hay un método uniforme para el registro de los inmuebles,[30] pero cada uno de los 50 estados tiene algún sistema para el registro público de los títulos de la tierra. Un cambio de propietario de un inmueble debe asentarse en un registro oficial de escrituras, como la oficina de registros del condado. El registro es un proceso formal y los archivos están abiertos al público. El registro de la propiedad contiene por lo general una descripción formal de la ubicación del inmueble, una lista de las restricciones que se aplican a su propiedad, y una relación de quién ha sido el propietario en cada fecha.

Aunque se lleva un sistema de registro de títulos para la tierra y otros bienes valiosos, como los automóviles, no existe tal sistema para la mayoría de los bienes. En la mayoría de los intercambios el comprador no gasta recursos en determinar que el vendedor es el verdadero propietario de lo que vende. Por ejemplo, usted rara vez cuestiona si los libros que compra en la librería eran realmente de su propiedad. Presume que quien posea un libro será su legítimo propietario. Otra prueba de la propiedad se encontrará en la memoria de los testigos de la venta, como el niño del ejemplo medieval, o quizás en el contrato de venta escrito. Un sistema de registro de la propiedad de los libros abrumaría al comercio e impediría el movimiento eficiente de los bienes.

Un sistema de testigos oficiales del evento refuerza la seguridad de los contratos importantes. Los testigos oficiales, llamados "notarios", registran el evento en un documento oficial y estampan su sello en él. Algunos estados de la Unión Americana licencian a muchos notarios, de modo que sus honorarios son bajos. En el otro extremo, en algunos países, como Italia, sólo son notarios ciertos abogados especializados que aprueban exámenes difíciles, realizan servicios mucho más complicados que el de dar testimonio de un documento y disfrutan elevadas ganancias monopólicas, sobre todo en las transacciones inmobiliarias.

Hemos encontrado así otro dilema en el derecho de la propiedad. Por una parte, la verificación del título por medios formales, como el registro de la transferencia de una escritura, reduce las incertidumbres que afectan al comercio. Por otra parte, la verificación del título por medios formales es algo costoso. El derecho de la propiedad debe elaborar entonces algunas reglas que

balanceen los impedimentos al comercio creados por la incertidumbre de la propiedad con el costo del mantenimiento de un sistema de verificación. Para los bienes costosos, tales como las casas y los automóviles, la ley reduce las incertidumbres que afectan al comercio proveyendo un sistema para el registro de los títulos, y por lo general obliga a que todas las ventas se hagan mediante el proceso de registro negándose a proteger las transacciones de estos bienes que no se registren. Pero en el caso de transacciones pequeñas, el costo de mantener un sistema de verificación superaría al beneficio derivado de la reducción del riesgo.[31]

D. *¿Puede un ladrón otorgar un título válido?*

Consideremos cómo responde la gente ante las leyes que asignan la responsabilidad de verificar la propiedad. Imaginemos que usted ha hecho un buen trato para la compra de un televisor a una persona que conoció en el estacionamiento de un bar local. El vendedor le cuenta una historia acerca de que le urge obtener dinero vendiendo su televisor y lo saca de la cajuela de su automóvil. Cierta noche, cuando usted está disfrutando su nuevo televisor, llega la policía a su departamento con la persona a quien le robaron el televisor. ¿Debería la ley permitirle que usted conserve el televisor u obligarlo a que lo devuelva? Este ejemplo plantea la cuestión general: si un bien es robado a su dueño A por el ladrón B, y B desaparece con el dinero después de vender el bien a un comprador inocente C, ¿pertenecerá el bien a A o a C?

Esta figura representa los hechos:

Esta pregunta se responde de diferente manera en distintas jurisdicciones. De acuerdo con la regla existente en los Estados Unidos, en general los transferidores sólo pueden transferir los derechos de propiedad que legítimamente tengan. Por lo tanto, una persona que no tiene el título no lo puede transferir al comprador.[32] En este ejemplo, el ladrón no tenía un título válido del televisor, de modo que no pudo haberse transferido. Por el contrario, el título pertenece a la persona a quien le robaron el televisor. De acuerdo con la regla de los Estados Unidos, usted debe devolver el televisor a su dueño. Tiene derecho a recuperar su dinero del ladrón (técnicamente, el ladrón violó su garantía del título) si el ladrón es atrapado y tiene dinero.

En gran parte de Europa prevalece una regla diferente; allí el comprador adquiere el título si compra el bien "de buena fe".[33] El requerimiento de la buena fe significa que el comprador debe creer genuinamente que el vendedor es el

dueño del bien. Ese requerimiento impide que la venta de bienes robados se esconda detrás de la ley. La ley puede requerir también que el comprador haga esfuerzos razonables para verificar la propiedad, como revisar si el número de serie del televisor no ha sido borrado. Aplicada a este ejemplo, la ley europea presumiblemente permite que usted se quede con el televisor. El propietario original podría recuperar su dinero del ladrón, si ello fuera posible.

En general, la ley debe asignar el riesgo de la compra de bienes robados que se hace de buena fe. La regla estadunidense impone todo el riesgo al comprador, mientras que la regla europea impone ese riesgo al propietario original. La regla estadunidense otorga a los compradores un incentivo adicional para verificar que el vendedor sea efectivamente el dueño. La regla europea otorga a los dueños un incentivo adicional para proteger su propiedad contra el robo. Una de estas reglas es más eficiente en el sentido de que impone una carga menor al comercio y promueve el intercambio voluntario de la propiedad.

¿Cuál regla es ésa? He aquí un método para descubrirla. Sea que C_o indique el costo más bajo, para el dueño original, de protegerse contra el robo; por ejemplo, grabando su número del seguro social en el objeto. Sea que C_c indique el costo más bajo, para el comprador, de verificar que el vendedor es el dueño; por ejemplo, confirmando este hecho con la parte de quien el vendedor obtuvo originalmente el bien. En aras de los incentivos eficientes, la responsabilidad debería recaer sobre la parte que pueda verificar la propiedad al costo menor. Por lo tanto, la eficiencia de las reglas rivales puede determinarse como sigue:

1. Si es generalmente cierto que $C_o < C_c$,entonces es más eficiente que el comprador de buena fe adquiera un título válido contra del propietario original.
2. Si es generalmente cierto que $C_o > C_c$,entonces es más eficiente que el propietario original conserve el título contra el comprador de buena fe.

Desafortunadamente, la ausencia de evidencia empírica sobre los valores de C_o y C_c nos impide responder de manera contundente si una regla es mejor que la otra. En efecto, la ausencia de pruebas impide también que diversos países identifiquen la regla más eficiente y la adopten. Sin embargo, el ejemplo de España sugiere el que probablemente sea el mejor enfoque. En España se aplica típicamente la "Regla estadunidense" cuando el ladrón roba el bien de una casa y lo vende a un comerciante. En otras palabras, un comerciante español no puede obtener un título válido de un ladrón. Los comerciantes que compren a ladrones alientan el robo al volverlo más rentable. La práctica española de aplicar la Regla estadunidense a los comerciantes que compren a ladrones desalienta a los comerciantes de proteger bienes robados, reduciendo así la rentabilidad del robo. Sin embargo, en España por lo general se aplica la "Regla europea" de que un comprador puede adquirir un título válido de un ladrón cuando éste roba el bien

a un comerciante y lo vende a otro comerciante o a una familia. Por lo tanto, la práctica española aumenta la facilidad con que los bienes circulan entre comerciantes y pasan al consumidor final.[34]

E. *Interrupciones en la cadena del título*

La propiedad incierta afecta al comercio y provoca un gran descuento del valor de un activo por los compradores potenciales. En consecuencia, la eficiencia económica requiere que se aclaren las incertidumbres del título de propiedad, o nubes, como se les llama. En esta sección examinaremos brevemente la forma como el derecho de la propiedad elimina las nubes que se acumulan sobre los títulos.

1. *Posesión adversa*

En el capítulo anterior analizamos un ejemplo en el que Juan Pérez construyó su casa de tal modo que invadió medio metro de la propiedad de Alfredo González. Recuérdese que González descubrió la invasión y presentó una demanda 10 años después del hecho. ¿Ha adquirido Pérez algún derecho sobre la parte de la propiedad de González que ha ocupado? Según el derecho angloamericano, es posible que si lo haya hecho. Si el dueño "se duerme en sus derechos", permitiendo que la invasión perdure, el invasor podría adquirir la propiedad de la tierra.

La doctrina legal relevante es la de la posesión adversa. Esta frase se refiere al hecho de que la posesión de la tierra por parte de un invasor es adversa al interés del dueño.[35] Alguien puede adquirir la propiedad de la tierra de otro ocupándola durante cierto periodo especificado en un estatuto, siempre que la ocupación sea adversa a los intereses del dueño y el dueño original no proteste o ejercite una acción legal.[36]

La ventaja económica de la posesión adversa reside en el hecho de que elimina las nubes del título y admite que el inmueble pase a usuarios que lo valúen más. Por ejemplo, supongamos que se desea comprar una casa construida en 1910 y vendida en los años 1925, 1937 y 1963. La investigación del título revela una confusión en los registros legales acerca de la legalidad de la venta de 1937. Sin embargo, el dueño actual ha residido en el inmueble desde 1963 sin ningún cuestionamiento legal. La ley de esta jurisdicción estipula que la posesión adversa durante 25 años transfiere la propiedad al invasor. El estatuto de la posesión adversa y la ocupación pacífica del dueño actual desde 1963 han eliminado la nube del título de 1937. En general, una regla para la adquisición del título mediante la posesión adversa reduce el costo de la determinación de los derechos de propiedad legítimos al eliminar el riesgo de que la propiedad sea disputada sobre la base de un pasado distante.

Otra justificación de eficiencia para la posesión adversa se destacó en el pasado: la posesión adversa impide que recursos valiosos permanezcan ociosos durante largos periodos, especificando procedimientos para que un usuario productivo arrebate el título a un usuario improductivo. Según esa regla, las personas que no vigilen los límites de su propiedad corren el riesgo de perder sus partes ociosas a manos de alguien que las use. En este sentido, la regla tiende a desplazar la propiedad de la ociosidad al uso productivo. Los posesionarios han adquirido a veces tierras de propietarios absentistas mediante la posesión adversa. En el oeste de los Estados Unidos, los colonos adquirieron grandes extensiones de tierras indias mediante la posesión adversa. Los colonos pensaban que ellos le estaban dando a la tierra un uso mejor, mientras que los indios veían a los colonos como ladrones.

Además de los dos tipos de beneficio económico, la posesión adversa tiene un costo. El costo es que los propietarios deben vigilar activamente su tierra para expulsar a los invasores que de otro modo podrían convertirse en dueños mediante la posesión adversa. Sin los estatutos de la posesión adversa, los propietarios podrían reducir los costos de la vigilancia, y más invasores disfrutarían el uso de las tierras de otras personas.

PREGUNTA V.19

Aplique el concepto de la posesión adversa al espectro electromagnético.

PREGUNTA V.20

¿Por qué cree que el periodo estatutario de la posesión adversa tiende a ser corto en estados como Oklahoma, donde los indios eran dueños de vastas extensiones de tierra?

PREGUNTA V.21

Supongamos que el estatuto de las limitaciones para la posesión adversa fija un periodo de 10 años. Después de 9.9 años de invasión, los propietarios conservan todos sus derechos, pero después de 10 años de invasión pierden todos sus derechos. En lugar de que los propietarios pierdan sus derechos abruptamente al cabo de 10 años, el estatuto podría redactarse de tal modo que los derechos se depreciaran gradualmente a través del tiempo. Por ejemplo, podría otorgarse al invasor un interés de 10% sobre el inmueble por cada año de posesión adversa, de modo que luego de un año el invasor sería propietario del 10% del inmueble, y después de 10 años sería propietario de todo el inmueble. Compare la eficiencia de la "regla discontinua" con la de la "regla continua".

2. *Estatutos de objetos perdidos*

Supongamos que usted transita por una calle de Manhattan y se encuentra una bolsa de papel. Dentro de la bolsa encuentra un broche de diamantes. Naturalmente, le gustaría quedarse con él. Pero es claro que alguien lo ha perdido. ¿Tendrá derecho a conservar el broche si el dueño no lo reclama durante cierto lapso razonable? ¿Está obligado a hacer algún esfuerzo para

localizar al dueño, por ejemplo, publicando un aviso en el periódico? ¿Quién es el dueño de los bienes abandonados, perdidos o extraviados? Los estatutos de objetos perdidos *(estray statutes)* responden a estas interrogantes.

Un estatuto de objetos perdidos típico de los Estados Unidos establece un procedimiento para que quien encuentre un bien perdido o abandonado adquiera su propiedad. Si el bien excede cierto valor estipulado, quien lo encuentre podría tener que aparecer ante un funcionario judicial y firmar un documento relativo a los hechos referentes al bien hallado. El funcionario publicará entonces un aviso acerca del bien encontrado. Si el dueño no lo reclama dentro del tiempo estipulado (un año, por ejemplo), la persona que lo halló se convertirá en su dueño. Si quien lo encuentra se guarda el bien sin cumplir con el estatuto, será multado.

Al igual que el registro del título, los estatutos de objetos perdidos desalientan el robo de bienes. Si existe un estatuto de esta clase, un ladrón que sea atrapado con la propiedad de otro no podrá eludir su responsabilidad alegando que se la encontró. ("¿De dónde sacó ese reloj?" —preguntó Sherlock al sospechoso—. "Se cayó de la caja de una camioneta" —contestó.) Así pues, un estatuto de objetos perdidos ayuda a distinguir entre una persona que lo encuentra de buena fe y un ladrón. Al igual que las reglas de la posesión adversa, los estatutos de objetos perdidos tienden a eliminar las nubes de los títulos y a transferir la propiedad a usuarios productivos. Como las reglas de la posesión adversa, los estatutos de objetos perdidos proveen un incentivo para que los dueños vigilen su propiedad. Por último, los estatutos de objetos perdidos establecen que quien encuentre un objeto difunda la información reduciendo así los costos de búsqueda de los dueños que pierden o extravían su propiedad.

PREGUNTA V.22

Si el valor de un objeto perdido es suficientemente bajo, no se aplican los estatutos de objetos perdidos. Por lo tanto, quien lo encuentra no tiene ninguna obligación legal de dar publicidad a su hallazgo. Discuta los costos que deben equilibrarse para encontrar el límite inferior más eficiente del valor de un objeto perdido para los fines de los estatutos de objetos perdidos.

PREGUNTA V.23

En el derecho del almirantazgo, debe haber reglas para la asignación de los derechos de propiedad sobre objetos perdidos en el mar. En los Estados Unidos, quien encuentre un barco abandonado por lo general obtiene la propiedad, pero en algunos casos el gobierno toma posesión de los barcos abandonados en sus aguas. Cuando se da esta última condición, un rescatador (es decir, alguien que rescata un barco abandonado) en general tiene derecho a una remuneración determinada por el tribunal.

¿Esta práctica de otorgar recompensas a los rescatadores estimula la deshonestidad o, por lo contrario, atrae un número eficiente de recursos hacia la actividad de búsqueda de barcos perdidos? ¿El sistema de otorgar derechos de propiedad completos a la persona que lo encuentra

es más o menos eficiente que el sistema de recompensas para los rescatadores?

3. ¿Qué pueden hacer los dueños con sus propiedades?

¿Qué pueden hacer los dueños con su propiedad? En esta sección analizaremos algunas restricciones tradicionales sobre los derechos de propiedad, y pospondremos el análisis de las regulaciones de los gobiernos modernos, como los ordenamientos de zonificación, hasta el final del capítulo.

A. *Legados y herencias: costos de elusión y costos de agotamiento*

En un mundo feudal o tribal, por lo general la ley estipula quiénes heredarán la tierra, en lugar de que el propietario escoja a sus herederos. Por ejemplo, el hijo mayor heredaba toda la tierra de su padre en la Inglaterra medieval,[37] y en las tribus matriarcales a menudo la sobrina hereda la tierra de su tía. Además, las sociedades feudales y tribales restringen de ordinario la venta de la tierra. A medida que se moderniza la ley, los propietarios incrementan su poder para estipular los términos de las herencias y las ventas. En los países occidentales, el derecho ha evolucionado a través de los siglos hacia una libertad mayor para que el dueño especifique quién se quedará con la propiedad después de su muerte y lo que puede hacer con ella. Examinemos brevemente el análisis económico de esta tendencia.

Toda restricción de las elecciones del dueño crea un incentivo para eludirla. Por ejemplo, imaginemos un propietario que desea legar su tierra a un amigo particular, que cree que la ley otorgará la propiedad a otro. El propietario puede eludir la ley, por ejemplo transfiriendo ahora el título al amigo y rentándosela por $1 anual hasta su muerte. Usualmente eludir la ley requiere la ayuda de un buen abogado. En general, los propietarios usan recursos legales costosos para eludir las restricciones al uso de la propiedad.

Cambiemos ahora el ejemplo e imaginemos que las leyes estrictas y los abogados costosos impiden que el propietario eluda las restricciones de los legados. En virtud de que se ha frustrado su deseo de designar a su heredero, el dueño puede agotar su propiedad antes de morir. Por ejemplo, podría talar los árboles prematuramente, agotar la fertilidad del suelo mediante la agricultura intensiva, o bien posponer las mejoras necesarias de los edificios. En general, las reglas que restringen la transferencia reducen el incentivo del propietario para maximizar el valor de la propiedad.

Los costos de la elusión y los costos del agotamiento ofrecen dos razones para dotar de libertad a un propietario en lo tocante a la transferencia de sus propiedades cuando muera. Sin embargo, estas mismas razones justifican la restricción de la libertad de un propietario en circunstancias especiales. La mayoría de los derechos de propiedad son eternos, pero todos los propietarios mueren. A veces una generación de propietarios desea limitar el poder

discrecional de los propietarios subsecuentes. Por ejemplo, supongamos que soy propietario de la casa ancestral de mi familia, Blackacre, y estipulo en mi testamento que nadie usará jamás Blackacre para fines distintos de los residenciales. A mi muerte, mi heredero desea convertir Blackacre en un campo de golf. ¿Deberá la ley aplicar las restricciones establecidas en mi testamento, o hacerlas a un lado y permitir que mi heredero construya un campo de golf? Si la ley rutinariamente deja de lado tales restricciones, tendré un incentivo para agotar el recurso o para eludir la ley antes de mi muerte. Si la ley aplica tal restricción, es posible que mis deseos sean respetados pero se presentaría el costo social de volver difícil, si no es que imposible, mover Blackacre a un uso de mayor valor que el residencial.

En el ejemplo anterior aparentemente el dueño desea restringir los usos futuros de Blackacre por razones propias, perfectamente legítimas. En otros ejemplos, un dueño crea un fideicomiso (llamado fideicomiso de "rentas estrictas", o de "gastar lo ahorrado"), para proteger a alguien contra sus propios errores,[38] o un legado trata de conservar la propiedad en la familia para siempre,[39] o bien un pacto restrictivo trata de canalizar las ventas futuras hacia cierta clase de compradores.[40] En general, el principio de que el dueño actual debería tener libertad para estructurar las transacciones como lo desee se topa con una dificultad cuando el dueño desea restringir a los dueños futuros. En estos casos existe un conflicto entre la libertad de dueños secuencíales de la misma propiedad. Toda reducción de la libertad de cualquier dueño en la secuencia puede causar desperdicio económico, independientemente de que la reducción de la libertad provenga de la ley o de una transacción privada.

El derecho común inglés respondió generalmente a estos hechos con escepticismo de las "restricciones a la enajenación", como se les llama, y específicamente en el caso de los legados, con una complicada ley llamada regla contra las perpetuidades. La regla impone un límite temporal a las restricciones impuestas a la propiedad por los términos de una donación, una venta, un legado o cualquier transacción. En lugar de durar a perpetuidad, las restricciones desaparecen automáticamente al expirar un límite de tiempo legal. Ese límite temporal legal tiene la curiosa formulación de "las vidas efectivas más 21 años". Para ilustrar su significado, supongamos que mi único descendiente es una hija soltera y yo estipulo en mi testamento que ella heredará Blackacre a condición de que siempre se use como residencia. De acuerdo con la regla, la restricción deberá expirar por lo general 21 años después de la muerte de mi hija.[41]

Adviértase que la regla contra las perpetuidades es una "regla que se salta una generación". Con esta frase queremos decir que la regla permite que un propietario se salte a la generación viviente restringiendo su uso de la propiedad, pero que la propiedad pasará sin ninguna restricción a los nonatos cuando lleguen a la edad de 21 años y se conviertan en adultos legalmente. Una regla que se brinca una generación tiene una justificación económica. Supongamos que

debe escogerse un principio acerca del poder de una generación para imponer restricciones al uso de la propiedad por generaciones subsecuentes. El principio que se escoja se aplicará a todas las generaciones. Se sabe que el mundo cambia en formas imprevisibles, de modo que ninguna restricción será buena para siempre. Se sabe también que la mayoría de los propietarios son prudentes y benévolos hacia sus herederos, y pocos son tontos y venales. En efecto, es deseable un principio que proteja contra un tonto ocasional en una secuencia interminable de propietarios, puesto que el mundo cambia constantemente.

Un propietario prudente no restringirá a un heredero prudente, y un propietario prudente restringirá a un heredero tonto. En vista de estos hechos, un principio atractivo para la elección permitirá que cada generación restrinja a la generación siguiente, pero no a las generaciones subsecuentes. Cuando los propietarios prudentes aplican este principio, sólo los herederos tontos serán restringidos. Además, las restricciones que imponen los propietarios prudentes a sus herederos tontos pueden impedir que los herederos tontos impongan restricciones a la generación siguiente. Por lo tanto, la regla contra las perpetuidades parece maximizar el valor de la propiedad a través de las generaciones.

Un fideicomiso es una organización en la que una persona posee y administra el dinero para beneficio de otro. Los fideicomisos tienen diferentes propósitos, como la transferencia de riqueza a los herederos de uno evitando al mismo tiempo el pago de impuestos por la herencia. Cuando una persona crea y dota de un fideicomiso, éste paga dinero al beneficiario, sin ser una herencia, por lo que no se adeuda ningún impuesto por herencia. Sin embargo, el fideicomiso se disuelve eventualmente y la administración tributaria puede recuperar parte de los impuestos que eludió el fideicomiso. Para reducir aún más la obligación tributaria, algunos estados de los Estados Unidos han promulgado leyes que permiten a los ciudadanos crear "fideicomisos perpetuos" o "fideicomisos de dinastía". Debido a que nunca se disuelven, evitan los pasivos tributarios provocados por la disolución, pero también son incompatibles con la ley contra las perpetuidades.

Los ciudadanos estadunidenses de un estado pueden establecer un fideicomiso en otro estado. Los estados compiten para atraer a las empresas fiduciarias haciendo leyes favorables, especialmente para evitar los impuestos que se adeudan al gobierno federal o a otros estados. Los fideicomisos perpetuos son un ejemplo. Además de evitar impuestos, la competencia por las empresas fiduciarias también puede mejorar la eficiencia de los fideicomisos. El manejo de carteras de acciones, que a menudo tienen los fideicomisos, ilustra esa mejora. En el siglo XIX la mayoría de los estados de Estados Unidos adoptaron una ley que responsabiliza al fideicomisario si la cartera incluye acciones especulativas que hubieran perdido su valor. Esta ley causó que los fideicomisarios compraran bonos y acciones muy conservadoras, "blue-chip" (de primera categoría). Sin

embargo, la cartera se caracteriza por el bajo riesgo en su conjunto, en lugar de cada acción en ella. En una cartera equilibrada, el riesgo de una acción compensa el riesgo en otra. En términos técnicos, la posesión de una acción con riesgos correlacionados negativamente se traduce en bajo riesgo para la cartera en su conjunto, a pesar de que las acciones individuales sean de alto riesgo. Algunos estados innovadores respondieron a estos hechos cambiando las reglas de manejo de los fideicomisos. De acuerdo con las leyes revisadas, el fideicomisario que tenga una cartera equilibrada no es responsable por las pérdidas causadas por una caída en el valor de las acciones individuales. Este cambio en la ley ocasionó que las carteras fiduciarias se alejaran de los bonos conservadores y se movieran hacia las acciones de mayor riesgo individual. Los estados que implementaron el cambio atrajeron más empresas fiduciarias, lo que ejerció presión sobre otros estados para que modernizaran sus leyes de manejo de los fideicomisos.[42]

PREGUNTA V.24

En lugar de "las vidas efectivas más 21 años", la regla podría ser "las vidas efectivas más 10 años", o "las vidas efectivas más 35 años". Compare estas reglas como medios para "saltarse una generación".

PREGUNTA V.25

Supongamos que un testador impone una condición que no se puede satisfacer. Por ejemplo, el testador lega su propiedad para que sea usada en una escuela médica de Lebanon, Indiana; pero después de su muerte, el estado de Indiana abandona sus planes de construir allí una escuela de medicina. En esta situación, los tribunales estadunidenses aplican la doctrina de *cy pres* (se pronuncia "si pré" y significa "tan cerca" en el derecho francés). Según esta doctrina, el tribunal encontrará una condición que se aproxime en la mayor medida a las intenciones del testador. Por ejemplo, los fondos que se obtengan de la venta de la propiedad del testador en Lebanon, Indiana, podrían entregarse a una escuela de medicina ubicada en otra parte. Utilice los conceptos de los costos de elusión y los costos de agotamiento para elaborar una justificación económica de esta regla.

PREGUNTA V.26

Sugerimos antes que una cuota de renovación que aumente cada año sería un medio eficiente para determinar la vida óptima de una patente. De igual modo, supongamos que los dueños que desearan restringir el uso futuro de su propiedad tuvieran que pagar una cuota por cada año en que se aplique la restricción. Por ejemplo, si mi testamento estipula que Blackacre se usará exclusivamente como residencia durante 100 años, tendría que prever en mi testamento el pago al Estado por cada año de vigencia de la restricción. En efecto, el Estado deduce una cuota anual de un legado para un testador que desee imponer restricciones póstumas a la propiedad durante un número especificado de años. ¿A qué nivel fijaría usted dicha cuota? ¿Sería la misma cuota para todos los tipos de condiciones y todos los tipos de propiedades? ¿Es dicha cuota más eficiente que la regla contra las perpetuidades?

En general, nadie puede usar la propiedad de otro sin el permiso del dueño. El uso de la propiedad de otro sin el permiso del dueño es una invasión ilegal. Como vimos en el capítulo IV, esta regla y los costos de transacción moderados inducen a quienes desean usar la propiedad de otro a negociar con el propietario. La negociación conduce al uso de la propiedad por la parte que la valúe más, como lo requiere la eficiencia de la asignación.

¿Podrá alguien usar alguna vez la propiedad de otro legalmente sin el permiso del dueño? Ya hemos visto que la excepción del "uso justo" permite que se utilice el material con copyright sin el permiso del dueño, en circunstancias determinadas. (Véase la pregunta V.11 en la página 188.) Esta interrogante surgió en el famoso caso de Ploof *vs*. Putnam.[43] Putnam era el dueño de una pequeña isla en el lago Champlain, un gran cuerpo de agua en el norte de Vermont. En noviembre de 1904, Ploof navegaba un balandro en ese lago, con su esposa y dos hijos, cuando de repente estalló una tormenta muy fuerte. Ploof necesitaba llegar pronto a un puerto seguro, y el más cercano era la isla de Putnam. Ploof amarró su balandro en un muelle de esa isla, confiando en que su barco y su familia podrían salir bien librados de la tormenta. Sin embargo, un empleado de Putnam, temiendo que el balandro dañara la propiedad de su empleador al golpearla repetidamente durante la tormenta, desamarró el barco del muelle. El balandro y sus pasajeros quedaron entonces a merced de la tormenta. El barco fue empujado finalmente por la tormenta hasta la playa, donde se estrelló y quedó destruido.

Ploof demandó a Putnam, alegando que las pérdidas de su barco y las lesiones sufridas por él y sus familiares eran el resultado de la acción ilegal del demandado, por medio de su empleado. Ploof arguyó que la tormenta provocó una emergencia que justificaba que invadiera la propiedad del demandado, aun sin su autorización. Pidió el pago de daños compensatorios por sus pérdidas. Putnam replicó que todo propietario tiene derecho a excluir a los invasores. Afirmaba que este principio está tan firmemente establecido que el tribunal debería exonerarlo en forma sumaria sin necesidad de ir a juicio. El juez de instrucción negó la petición de juicio sumario del demandado, quien apeló. La Suprema Corte de Vermont confirmó la decisión y sostuvo que una necesidad privada como la de Ploof era una excepción a la regla general en contra de la invasión.

En una emergencia, una persona puede usar la propiedad de otra sin permiso. Sin embargo, el usuario deberá compensar al propietario por los costos del uso. Por ejemplo, un caminante que se pierde en lugar remoto puede entrar a una cabaña deshabitada a fin de obtener alimento y abrigo, pero deberá compensar al propietario por el daño que cause a la cabaña y por los alimentos consumidos. otro ejemplo es el caso en que X se enferma de gravedad durante la noche, la única farmacia del pueblo está cerrada y su propietario, Z, no puede ser

localizado, de modo que X se mete a la farmacia de Z y toma la medicina requerida. La ley excusará la invasión, pero X debe pagar los daños causados a Z. Un último ejemplo sería cuando X, quien está a punto de ser asesinado por Y, toma el objeto pesado que tiene más cerca, un valioso jarrón de porcelana de Z, y lo destroza en la cabeza de Y, salvando así su vida. X deberá pagar daños a Z por el jarrón. En suma, la doctrina de la necesidad privada permite la invasión compensada en una emergencia.

La teoría de la negociación racionaliza la excepción de la necesidad privada a la regla general en contra de la invasión. En una emergencia, los costos de transacción pueden impedir la negociación. Por ejemplo, el carácter repentino de la tormenta impidió que Ploof encontrara a Putnam y negociara con él. Cuando la negociación es imposible, las transacciones voluntarias no ocasionan necesariamente que los bienes sean usados por la parte que los valúe más. Una regla que permita la invasión compensada asegura que la invasión ocurrirá sólo cuando su valor para el invasor supere el costo para el propietario.[44]

PREGUNTA V.27

Una variación interesante de los hechos de Ploof ocurrió en Vincent *vs.* Lake Erie Transport Co., 109 Minn. 456, 124 N.W. 221 (Suprema Corte de Minnesota, 1910). A fines de noviembre de 1905, el barco de vapor *Reynolds*, propiedad del demandado, estaba amarrado al muelle del demandante en Duluth, descargando su mercancía. De pronto surgió una tormenta en el lago Erie. El *Reynolds* emitió señales en demanda de un remolcador que lo sacara del muelle, pero a causa de la tormenta no se pudo encontrar ninguno. El barco permaneció amarrado al muelle durante la tormenta. La violencia de la tormenta arrojó repetidamente al barco contra el muelle del demandante, causando daños por valor de $300. El demandante reclamó el pago de esa suma. La Lake Erie Transport Co. alegó que su barco era un invasor involuntario. El *Reynolds* había tratado de abandonar la propiedad del demandante, pero no había podido hacerlo por causa de fuerza mayor. El tribunal falló que el demandante tenía derecho al pago de los daños. Demuestre que este fallo es eficiente.

C. *Inalienabilidad*

La ley prohíbe la venta de algunas cosas valiosas, tales como los órganos humanos, el sexo, la heroína, los hijos, los votos, las armas atómicas o los derechos humanos. Ni siquiera se puede renunciar a algunas de estas cosas, tales como la heroína o el voto en una elección nacional. No es posible perder algunas de estas cosas por ningún medio legal, como ocurre con los derechos humanos. Un significado de la alienación es la pérdida de algo, especialmente una parte personal. En derecho, el término inalienable se refiere a algo propio que no se puede perder por medios especificados. Por ejemplo, los órganos humanos, el sexo y los hijos son inalienables por medio de una venta, el voto es inalienable por medio de la venta o la donación, y los derechos humanos son igualmente inalienables por cualquier medio.

La venta de sexo o de los hijos está prohibida por la moral convencional, así como por la ley. Muchas formas de la inalienabilidad expresan la moral convencional. Otras formas de la inalienabilidad, tales como la promulgación de los derechos humanos, expresan las aspiraciones de eminentes teóricos políticos. ¿Qué diremos de los teóricos económicos? ¿Qué han tenido que decir acerca de la eficiencia de la inalienabilidad? Ocasionalmente, una reglamentación incrementa la eficiencia de una transferencia. Este hecho provee una justificación económica para la regulación. Pero la inalienabilidad va mucho más allá de la regulación. Mientras las regulaciones restringen las transferencias, la inalienabilidad las prohíbe. La eficiencia de una transferencia no puede aumentar si se la prohíbe. En general, las prohibiciones de transferencias son ineficientes porque impiden que la gente obtenga lo que quiere. Siguiendo esta línea de pensamiento, algunos escritores especializados en economía han atacado a las leyes que hacen inalienables ciertos bienes.[45] ¿Hay alguna justificación económica para la inalienabilidad?[46]

Algunos teóricos sostienen que la venta de ciertos bienes obstruye su transferencia por medios superiores. Por ejemplo, consideremos la oferta de sangre a los hospitales. Se utilizan dos procedimientos complementarios para asegurar que la sangre no esté infectada: se elabora la historia médica de los donadores y se verifica la sangre en los laboratorios. Los proveedores individuales tenderán a narrar una historia médica verdadera cuando regalan su sangre en mayor medida que cuando la venden. En consecuencia, la sangre donada está más libre de infecciones. Este hecho provee una justificación económica para obtener sangre mediante donaciones y no mediante compra, pero no hay una razón para prohibir la venta de sangre.[47] Por ejemplo, en los Estados Unidos la mayor parte de la sangre se obtiene mediante donaciones, pero alguna sangre se compra.[48]

Sin embargo, supongamos que la venta de sangre reduce las donaciones voluntarias. Por ejemplo, la gente podría creer que donar sangre es algo estúpido porque se puede vender. Si estos hechos fuesen ciertos, la prohibición de la venta de sangre podría resultar necesaria para desviar las transferencias hacia el canal superior de las donaciones. De igual modo, los antropólogos han sostenido que los mercados destruyen las economías de la donación entre pueblos tribales. Aunque es plausible, el apoyo empírico de esta teoría no es suficientemente fuerte para proveer una defensa convincente de la inalienabilidad. Parece entonces que la inalienabilidad descansa en la moral convencional y en filosofías políticas que destacan valores distintos de la eficiencia de Pareto.

PREGUNTA V.28

Supongamos que todos los adultos de una jurisdicción particular pueden fungir como jurados. Los paneles de jurados potenciales se forman por rotación entre la población elegible. Por ahora, ninguna jurisdicción permite que alguien llamado al jurado contrate un sustituto calificado.

¿Estaría la sociedad en mejor situación si se permitiera la existencia de un mercado de jurados?

NOTA WEB V. 7

A medida que mejora la tecnología para trasplantar órganos humanos, la demanda de tales órganos supera con mucho a la oferta disponible de acuerdo con las reglas de la inalienabilidad. Véase en nuestro sitio web (y en el recuadro "Los órganos corporales inalienables") un análisis de la forma en que un mercado regulado de órganos humanos podría aumentar significativamente la oferta.

D. *Separación de los derechos de propiedad*

En Inglaterra los límites de la propiedad se basan a menudo en la duración de los objetos naturales y en la periferia de la tierra, tales como rocas, árboles o colinas. En los Estados Unidos se examinó gran parte de la tierra y se dividió en parcelas uniformes en la zona rural y en las ciudades.[49] La estandarización de la propiedad simplifica la comparación de una propiedad con otra; la comparación fácil de la propiedad abre el mercado de bienes inmuebles a una competencia más amplia porque los compradores potenciales necesitan menos información para comparar el valor de una propiedad en relación con otra. Además de los bienes inmuebles, la uniformidad lubrica las ventas de acciones, bonos, trigo, aceite y muchos otros bienes.

Los órganos humanos inalienables

Los avances realizados en la tecnología médica han provocado un crecimiento enorme de la demanda de órganos humanos trasplantables.* Cada año en los Estados Unidos hay casi 80 000 personas esperando órganos para trasplante. Pero la oferta de órganos adecuados es mucho menor: aproximadamente 10 000 órganos al año. En los mercados donde hay una demanda excedente, aumentar el precio equilibra la oferta y la demanda. Pero esto no puede ocurrir en el caso de los órganos humanos porque todos los estados adoptaron la Ley Uniforme de Donaciones Anatómicas de 1968, que prohíbe las transacciones comerciales con tales órganos. En consecuencia, los regalos o las donaciones son el único medio para la oferta de órganos trasplantables. Para donar un órgano se debe indicar —a menudo cuando se renueva la licencia de manejo— nuestra disposición a donar órganos trasplantables en caso de muerte. Sin embargo, menos de 20% de la población estadunidense en edad de manejar ha llenado las tarjetas de donante. Si hay ausencia de consentimiento, con el sistema actual, por lo general los médicos deben preguntar a los parientes cercanos si podrían "cosechar" los órganos del occiso. Éste no es tal vez el

mejor momento para hacer dicha solicitud.

Para hacer frente al exceso de demanda, Estados Unidos tiene un método no comercial para la asignación de órganos. Las reglas son muy complicadas, pero la mayoría de los órganos se otorgan en el orden en que los pacientes aparecen en una lista de espera oficial. En 2006 la organización que supervisa el trasplante de órganos (UNOS) sugirió una regla alternativa: los órganos pueden asignarse primero a quienes tienen mayores probabilidades de vivir más tiempo después del trasplante. Esta polémica propuesta todavía se está debatiendo.

¿Cómo aumentar la oferta de órganos para trasplante? Es posible que la tecnología posibilite cada vez más el trasplante de órganos de otros animales en humanos; o bien, la tecnología podría desarrollar órganos artificiales. Como alternativa, podría permitirse un mercado regulado de órganos humanos en alguna parte del mundo. (En las fuentes siguientes se exploran las virtudes y los defectos de tal mercado.)

Sin embargo, algunos países ya han implementado una regla que aumenta dramáticamente la oferta de órganos. Llamamos a la regla actual de donación "consentimiento requerido". Si bien menos de 20% de la población estadunidense en edad de manejar ha llenado las tarjetas de donante, 85% de esa misma población dice que está dispuesto a donar sus órganos. Una alternativa del sistema actual es la del "consentimiento presunto": se presumiría que todos han consentido en donar sus órganos, a menos que hayan declarado explícitamente lo contrario. Los datos indican que cambiar del consentimiento requerido al consentimiento presunto aumenta dramáticamente la oferta de órganos. Los cuatro países europeos con una regla de consentimiento requerido (Dinamarca, Alemania, los Países Bajos y el Reino Unido) tienen tasas mucho más bajas de donación (que van desde 4.25% en Dinamarca a 27.5% en los Países Bajos) que las de los siete países (Austria, Bélgica, Francia, Hungría, Polonia, Portugal y Suecia) que utilizan la regla de consentimiento presunto (que van desde un mínimo de 85.9% a un máximo de 99%).

FUENTES:

Lloyd R. Cohen, "Increasing the Supply of Transplantable Organs: The Virtues of a Futures Market", George Washington Law Review,vol. 58, 1989, p. 1.

Gregory Crespi, "Overcoming the Legal Obstacles to the Creation of a Futures Market in Bodily Organs", Ohio State Law Review,vol. 55, 1994, p. 1.

Richard Epstein, Mortal Peril: Our Inalienable Right to Health Care?,Addison-Wesley, Massachusetts, 1997.

Eric J. Johnson y Daniel Goldstein, "Do Defaults Save Lives?", Science, vol. 302, 2003, p. 1338.

Por el contrario, los conjuntos de derechos inconsistentes hacen que las propiedades sean incomparables entre si, por lo que se deben negociar los precios de forma individual. Por lo tanto, una acción del capital social emitida por Honda es la misma que otra acción del mismo tipo. Las acciones de Honda tienen un precio público en el mercado de valores al que se pueden comprar o vender. En cambio, los bancos de inversión han creado conjuntos de hipotecas de bienes inmuebles no estandarizados ("derivados") cuyos precios se negocian individualmente. A diferencia de los precios del mercado de valores, los precios negociados individualmente para los valores no son información pública. La mayoría de la gente no sabe el precio al que se vendió una garantía la última vez. Cuando los precios de los valores se desplomaron en la crisis financiera de 2008, la Universidad de Harvard realizó muchos valores no estandarizados y sin un precio público, por lo que no sabía cuánto valor había perdido su cartera.

En general, el dueño de un bien posee un conjunto de derechos. Para estandarizar la propiedad, la ley debe restringir su capacidad para reordenar tales derechos. El dueño de un bien podría tener los derechos w, x, y y z sobre dicho bien. Puede que el dueño quiera separar esos derechos para vender w y x a una persona, reteniendo para si a y y z. Sin embargo, en ocasiones la ley sólo permite la venta del conjunto completo. Por ejemplo, el dueño de un predio urbano puede venderlo completo, pero los reglamentos de la ciudad podrían impedirle que lo divida en dos y venda una mitad.

La zonificación ilustra regulaciones específicas que impiden la separación de algunos derechos de propiedad. Una interrogante más profunda radica en si hay algo en la naturaleza de la propiedad que generalmente limite o restrinja la separación. Para ilustrar lo que está en juego, supongamos que A hereda el reloj de bolsillo de su familia. B, quien es hermano de A, quiere llevar el reloj a una fiesta de Navidad cada año. B le paga cierta cantidad de dinero a A, a cambio de la promesa de A de dejar que B use el reloj cada Navidad. Si A se niega a dejar que B use el reloj en una Navidad futura estaría violando su contrato, de modo que B podría demandar a A por daños monetarios.

Continuando con el ejemplo, supongamos que A vende el reloj a C. Al hacer la venta, A no le dice nada a C acerca de B. C continúa ignorando la existencia del contrato de A con B, hasta que se acerca la Navidad y B le pide a C el reloj para usarlo. C se niega. ¿Qué podrá hacer B? Nada frente a C. C no tiene que dejar que B use el reloj en Navidad. El único remedio al alcance de B consiste en demandar a A para que le pague daños compensatorios por incumplimiento de contrato.

Como lo muestra este ejemplo, el contrato entre A y B no otorga a B la seguridad de que siempre obtendrá el reloj para usarlo en Navidad. Lo que B desea es un derecho para usar el reloj en Navidad y ejercerlo frente a quienquiera que sea el dueño del reloj. B podría tomar un enfoque legal novedoso tratando de obtener seguridad: dejar que A venda a B los derechos sobre el reloj en Navidad y dejar que A conserve todos los demás derechos. Si A no tuviera los derechos de

uso del reloj en Navidad, se supondría que A no podría vender esos derechos a nadie más. Además, quienquiera que tratara de impedir que B usara el reloj en Navidad interferiría supuestamente con sus derechos de propiedad. Específicamente, si C se negara a permitir que B usara el reloj en Navidad, B podría demandar a C por "invasión" y obtener un fallo de desempeño específico. (Más adelante, en los capítulos VIII y IX, explicaremos estos términos con mayor detalle.)

Adviértase qué ocurre cuando A y B sustituyen la promesa contractual de A a B con la venta de los derechos de uso a B. El pago de daños es el remedio habitual para el incumplimiento de contrato. En adelante, el derecho contractual de B a usar el reloj en Navidad está protegido por la responsabilidad de A de pagar daños por incumplimiento. En cambio, los mandatos son el remedio habitual por la invasión de los derechos de propiedad. En adelante, la propiedad de B respecto del derecho de usar el reloj en Navidad está protegida por su capacidad para obtener una orden del tribunal que exija a C permitir que B use el reloj en Navidad.

El ejemplo del reloj ilustra que la separación puede perjudicar al comercio. Específicamente, si se permite la separación, C no tendría certeza acerca de cuáles derechos adquiere exactamente cuando compra el reloj a A, lo que reduciría el interés de C por comprar el reloj. Un mercado vigoroso requiere la certeza de los compradores acerca de los derechos que adquieren.

Este ejemplo plantea una interrogante general: "¿Puede el dueño de un bien, quien tiene un conjunto de derechos, reordenar libremente el conjunto de derechos, transferirlos como le plazca y obligar a los tribunales a proteger la transferencia de derechos mediante mandatos?" Este problema surge raras veces con relojes u objetos similares, pero a menudo con los bienes inmuebles. Para ilustrar, supongamos que soy el dueño de la casa ancestral de mi familia, Blackacre, y deseo estar seguro de que nadie la use jamás para propósitos que no sean residenciales. Para asegurarlo, me gustaría eliminar del conjunto de derechos de la propiedad el derecho de desarrollarla. ¿Podré hacerlo? De acuerdo con el derecho común de la propiedad, sólo puedo restringir el uso de los futuros dueños de Blackacre durante un periodo limitado. (Véase la discusión anterior de la regla contra las perpetuidades.) En general, ningún dueño puede separar libremente y reordenar los derechos de la propiedad real en el derecho común. De igual modo, los sistemas de derecho civil en países como Francia van más allá de estas restricciones del derecho común y enumeran los derechos de la propiedad real que los dueños no pueden cambiar. De acuerdo con la tradición del derecho civil, los derechos enumerados se ligan a la propiedad misma, no a la persona que sea el dueño de la propiedad.[50]

Otro tipo importante de propiedad que provoca controversias acerca de la reunión y la separación es la corporación. Los accionistas de una corporación son sus dueños legales. Cada acción del capital social tradicionalmente otorga a su

dueño el derecho a un voto en las asambleas de accionistas. Sin embargo, algunas corporaciones han creado en los últimos años nuevas clases de acciones que no otorgan a sus dueños los derechos de votación. Hay muchos otros ejemplos de corporaciones que han reordenado los derechos tradicionales disfrutados por sus dueños.

En lugar de enredarnos en los detalles del derecho inmobiliario o de las sociedades anónimas, debemos concentrarnos en el tema general que se encuentra detrás de estas controversias. En el ejemplo del reloj heredado, el problema fundamental consiste en saber si el dueño de un bien puede otorgar, a varias personas diferentes, derechos sobre tal bien, los que puedan ser exigidos mediante un mandato de desempeño específico de quienquiera que interfiera.

La eficiencia económica favorece generalmente que se permita la separación siempre que ello aumente el valor de mercado del bien, y que se prohíba la separación cuando ello disminuya el valor de mercado del bien. Los dueños de bienes por lo general desean maximizar su valor de mercado, y están mejor situados que el Estado para saber cómo hacerlo. En consecuencia, el Estado raras veces tiene alguna razón para impedir que los dueños separen los derechos si desean hacerlo. Sin embargo, recordemos nuestra discusión anterior sobre los "anticomunes". La separación puede imponer costos futuros para quienes desearían volver a empaquetar los derechos en una nueva configuración, siempre que haya un argumento económico en contra de la separación que se base en el deseo de minimizar los costos futuros de juntar esos derechos en su conjunto más valioso.

Algunos teóricos han sostenido que los individuos pueden aumentar a veces el valor de sus bienes separándolos en formas que aumenten los costos de transacción para la venta de otros bienes. Por ejemplo, un contrato estándar reduce los costos de negociación de todos los miembros de una industria. Un vendedor que se aparte de la forma estándar reduce la estandarización, lo que impone costos a otros vendedores. En general, un campo común de conocimientos acerca de los contratos reduce los costos de transacción del intercambio, y la separación reduce el campo común. Este enfoque implica que la ley de propiedad requiere restricciones contra la separación a través de la particularización.

Sin embargo, el argumento no es convincente. Gran parte del derecho de los contratos impone reglas que se aplican a menos que las partes estipulen otra cosa en el contrato. (Véase nuestra discusión de las "reglas de omisión" en el capítulo VIII.) El Estado no tiene que vigilar los contratos para asegurarse de que permanecen lo suficientemente estandarizados. Los requerimientos estatales de contratos estandarizados suelen estar mal orientados por la misma razón que las restricciones estatales sobre la separación de la propiedad están mal orientadas. La ley debería obligar a los vendedores a revelar las restricciones improbables de la propiedad por efecto de transacciones anteriores, pero mientras las partes

entiendan lo que están comprando, por lo general la ley debería hacer cumplir los acuerdos de separación de los derechos de propiedad y de su venta.

4. ¿Cuáles son los remedios para la violación de los derechos de propiedad?

Como vimos en el capítulo IV, el derecho común se aproxima a un sistema legal de máxima libertad, el cual permite que los dueños hagan con su propiedad cualquier cosa que no interfiera con la propiedad de otras personas. Al aplicar este principio, la cantidad de libertad otorgada a los dueños depende de la separación del uso de la propiedad por un dueño y por otro. Cuando se separan los usos, el efecto de un dueño sobre otro ocurre a través de acuerdos voluntarios, tales como el intercambio en el mercado. Cuando los usos se juntan, un dueño afecta a otro involuntariamente, como ocurre cuando el humo que produce uno pasa por la propiedad de otro. En esta sección discutiremos los problemas legales y económicos especiales causados por los usos entrelazados.

A. *Externalidades y males públicos*

Cuando los individuos convienen en imponerse costos y beneficios recíprocos, a menudo celebran un contrato. En cambio, cuando las funciones de utilidad o de producción de diferentes personas son interdependientes, imponen beneficios o costos recíprocos, sin importar que hayan celebrado un convenio o no. Llamamos "externalidad" a tal interdependencia porque los costos o beneficios se imponen fuera de un mercado. Para ilustrar la diferencia, consideremos que si compro en la frutería local tantas sandías que el vendedor eleva el precio, mi acción afectará a otros compradores, pero elevar el precio es un ejemplo de la operación normal de los mercados, no de una externalidad. En cambio, si el canto de mi gallo molesta a mis vecinos, mi acción los afecta independientemente de las transacciones del mercado, de modo que el ruido constituye una externalidad.

Los costos o los beneficios transmitidos fuera del mercado no tienen un precio. Siempre que los costos o los beneficios no tengan un precio, el proveedor carece de incentivos para proveer la cantidad eficiente. La solución de este problema de incentivos requiere que se fije un precio a la externalidad. Cuando se fija un precio a una externalidad, su oferta se canaliza a través de un mercado, y a esto se le llama internalización de la externalidad. Por lo tanto, la solución de los usos interdependientes de la propiedad consiste en canalizarlos a través del mercado, o sea, internalizar la externalidad.

La solución eficiente para el problema de la internalización depende del número de personas afectadas. Si la interdependencia afecta a un número pequeño de personas, la externalidad es "privada". Por ejemplo, el canto de mi gallo afecta a pocos vecinos, de modo que el ruido es una externalidad privada. Si

la interdependencia afecta a gran número de personas, la externalidad es "pública". Por ejemplo, el humo de una fábrica afecta a muchas familias, de modo que es una externalidad pública. De igual modo, cuando un automóvil más ingresa a una carretera congestionada, todos los demás conductores tendrán que ir un poco más despacio, así que el congestionamiento es una externalidad pública. La distinción entre lo privado y lo público en el campo de la economía descansa en un continuo que describe el número de personas afectadas por las acciones de alguien. A medida que aumenta el número de personas afectadas por la acción de alguien, se cruza una vaga frontera que separa lo "privado" de lo "público".

En el capítulo IV explicamos que el consumo de un bien público por parte de una persona no disminuye la cantidad disponible para otros, y que resulta difícil excluir a algunas personas del disfrute de un bien público. Las externalidades públicas tienen por lo común estas características de no rivalidad y de imposibilidad de exclusión. Por ejemplo, cuando una persona respira aire sucio, queda la misma cantidad de aire sucio para que lo respiren otros, y resulta difícil impedir que algunas personas, en una región de cierta calidad del aire, respiren ese aire. En consecuencia, las externalidades públicas nocivas reciben también el nombre de "males públicos".

Resumiremos estos puntos utilizando algo de notación. Imaginemos una economía pequeña con dos personas, denotadas a y b, y tres bienes privados llamados x_1, x_2 y x_3. ElEl consumo de los dos primeros bienes no implica ninguna externalidad, pero el consumo del tercer bien impone costos externos. Por ejemplo, los dos primeros bienes podrían ser manzanas y peras, y el tercer bien podría ser cigarros. Agreguemos un superíndice a un bien para indicar quién lo consume. Así pues, la utilidad de la persona a puede escribirse como una función de los tres bienes que consume: $u^a = u^a\,(x_1{}^a, x_2{}^a, x_3{}^a)$. supongamos que la persona b consume los dos primeros bienes, pero no el tercero; es decir, la persona b no fuma cigarros. Además, supongamos que a la persona b no le gusta respirar el humo de los cigarros de la persona a. Por lo tanto, la utilidad de la persona b puede escribirse como: $u^b = u^b\,(x_1{}^b\ ,\ x_2{}^b, x_3{}^a)$. (Adviértase que la utilidad de b por lo general aumentará si consume más de x_1 y x_2, pero su utilidad decrecerá si a consume más x_3.) Las funciones de utilidad de a y b son interdependientes porque el consumo del tercer bien por parte de aes un argumento de la función de utilidad de b. En otras palabras, la presencia de una variable en la función de utilidad de b que lleva el superíndice a indica una externalidad.

Agreguemos una notación adicional para indicar los mercados incompletos. Supongamos que los tres bienes (x_1, x_2, x_3) se compran en una tienda a los precios (p_1, p_2, p_3). Presumiblemente, el precio que deberá pagar la persona a por x_3 refleja el costo al que la tienda compra el bien. Este precio no incluye el

costo del daño que el consumo de x_3 por parte de a impone a b.

En consecuencia, no hay ningún precio asociado a la variable x_3^a en la función de utilidad de b. A fin de asignar tal precio, las personas a y b tendrían que negociar entre si. Mediante tal negociación podría internalizarse la externalidad. Nuestro ejemplo de dos personas es una externalidad privada. Alternativamente, supongamos que hay 1, 2, 3,..., n personas exactamente iguales a b. Escojamos a cualquiera de éstas y llamémosla j. La función de utilidad de la persona j tiene la forma: $u^j = u^j (x_1^j\ x_2^j, x_3^j)$, para j =1, 2, 3,..., n. Ahora la externalidad nociva derivada del consumo de x_3 por parte de a afecta a tantas personas que es un mal público. El costo de transacción de una negociación con n personas es presumiblemente prohibitivo, de modo que la externalidad no se puede internalizar mediante una negociación privada. Deberá encontrarse entonces un medio alternativo para asignar un precio a la externalidad.

PREGUNTA V.29

Clasifique los siguientes puntos como mercados, externalidades privadas o externalidades públicas.

a) Un faro previene a los barcos de la existencia de escollos.
b) Mi edificio le obstruye la luz solar.
c) Usted gana en una subasta.
d) Mis abejas polinizan sus manzanos.
e) El ruido del aeropuerto reduce el valor de venta de mi casa.

PREGUNTA V.30

Supongamos que el tercer bien, x_3,representa los kilómetros viajados en automóviles por las personas 1, 2, 3,..., n, y supongamos que los automóviles contaminan. Escriba de nuevo la función de utilidad de la persona j de la formulación precedente para representar estos hechos.

B. *Remedios para las externalidades*

En el derecho de la propiedad, se llama molestia a una externalidad nociva. Recuérdese que en el análisis de los remedios contra la molestia que hicimos en el capítulo IV, distinguimos entre los mandatos judiciales y el pago de daños, y que la eficiencia relativa de estos remedios tiene mucho que ver con la distinción entre lo público y lo privado. Si la molestia es privada, pocas partes se ven afectadas por ella y, en consecuencia, los costos de la negociación conjunta son bajos. Cuando los costos de negociación son bajos, las partes por lo general llegarán a un acuerdo cooperativo y harán lo que sea eficiente. En tales circunstancias la elección de los remedios afectará en escasa medida a la eficiencia del resultado de la negociación. En este caso, será atractivo el remedio tradicional del derecho de la propiedad —el mandato judicial—, porque el tribunal no tiene que realizar la difícil tarea de calcular los daños. Si creemos que un

mandato prohibirá siempre la actividad ofensiva, su inflexibilidad resultará costosa. En cambio, si creemos que la orden judicial es una instrucción para que las partes resuelvan su disputa mediante un intercambio voluntario, será un remedio atractivo para las molestias privadas.

En contraste, tratar de corregir una externalidad nociva del tipo de mal público mediante la negociación implicaría la cooperación de todas las partes afectadas. En estas circunstancias, la negociación fracasará porque exige la cooperación de demasiadas personas. La ley llama molestia pública a una externalidad nociva del tipo público. Nuestro análisis sugiere que, para la molestia pública, el pago de daños será un remedio más eficiente que el mandato judicial.

A fin de aplicar esta prescripción para escoger entre el mandato judicial y el pago de daños, el tribunal deberá examinar el número de personas afectadas por la externalidad. Sin embargo, el tribunal no tiene que realizar un análisis de costo-beneficio para comparar el mandato judicial con el pago de daños. El análisis de costo-beneficio requiere más información que la que en general poseen los tribunales, de modo que deben evitarse las reglas legales cuya aplicación requiera un análisis de costo-beneficio.

Cuando los pagos de daños compensatorios son perfectos, restablecen a la víctima en la misma curva de utilidad que habría disfrutado sin el daño. Los pagos de daños compensatorios pueden ser temporales o permanentes. En el caso del pago de daños temporal, el demandante recibe una compensación por los daños que el demandado le ha infligido en el pasado. Si los daños continúan en el futuro, el demandante tendrá que regresar al tribunal a fin de recibir pagos de daños adicionales. En consecuencia, los pagos de daños temporales imponen altos costos de transacción a la resolución de disputas. En el caso de los daños temporales, las reducciones de los daños futuros se traducen directamente en reducciones de la responsabilidad. En consecuencia, los daños temporales crean incentivos para que las personas que ocasionan un daño adopten mejoras técnicas que reduzcan los costos externos.

En el caso de los daños permanentes, el demandante recibe una compensación por los daños del pasado más el valor presente descontado de todos los daños futuros razonablemente previstos.[51] Un solo pago extingue las reclamaciones de los daños pasados y futuros al nivel especificado en el fallo. Desafortunadamente los cambios futuros de la tecnología y los precios son difíciles de predecir, de modo que la estimación de los daños futuros está sujeta a error. Por lo tanto, los daños permanentes imponen altos costos de error. Además, al pagar los daños permanentes, quien comete el daño "compra" el derecho de causar daños externos hasta por el monto estipulado en el fallo. En consecuencia, el pago de daños permanentes no genera ningún incentivo para que la persona que ocasiona el daño adopte mejoras técnicas que reduzcan los costos externos a un nivel menor que el estipulado en el fallo.[52]

Como se explicó antes, los daños temporales imponen altos costos de

transacción, mientras que los daños permanentes imponen altos costos de error y reducen los incentivos para disminuir los daños futuros. Los costos de transacción de la resolución de las disputas, judiciales o extrajudiciales, son bajos cuando la responsabilidad es clara y los daños se miden fácilmente. Los costos de error son altos cuando la innovación mejora la tecnología del abatimiento y cambia el entendimiento de los daños causados por las externalidades. Por lo tanto, el pago de los daños temporales tiende a ser más eficiente cuando los daños pueden medirse fácilmente y hay una innovación rápida. En cambio, el pago de daños permanentes tiende a ser más eficiente cuando la medición de los daños es costosa y la innovación es lenta.

Recomendamos el pago de daños como el remedio más adecuado de una molestia pública. Sin embargo, el derecho común no ha aplicado tradicionalmente esta prescripción. Cuando el público se ve dañado por una molestia, los tribunales tradicionalmente permiten que las partes afectadas reclamen su cesación. El caso siguiente sugiere que el derecho común se ha vuelto más receptivo a los remedios de pago de daños para las molestias públicas. Lea el caso teniendo presente la diferencia entre el remedio tradicional para una molestia (pago de daños por el daño pasado y un mandato judicial contra el daño futuro), los daños recurrentes y los daños permanentes. Después de leer el caso, pruebe su conocimiento de la teoría de la externalidad respondiendo las preguntas.

Boomervs. Atlantic Cement Co., *Inc*.
309 N.Y.S.2d 312, 257 N.E.2d 87
(Tribunal de Apelaciones de Nueva York, 1970)

Bergan, J. El demandado opera una gran planta de cemento cerca de Albany. Se ejercitan acciones de un mandato judicial y del pago de daños por parte de los dueños de inmuebles vecinos que alegan la existencia de daños a su propiedad a causa del polvo, el humo y las vibraciones que emanan de la planta.

[En el tribunal de instrucción y en la apelación se determinó que las operaciones de producción de cemento del demandado causaban una molestia a los vecinos demandantes. Se condenó al pago de daños temporales, pero se negó un mandato judicial contra las emisiones futuras de polvo, humo y vibraciones de la planta que causaran daños iguales o mayores. Los demandantes han apelado para recibir el remedio tradicional contra una molestia: un mandato judicial.

La razón de negar el mandato [...] es la gran disparidad existente entre las consecuencias económicas de la molestia y el mandato judicial. Sin embargo, esta teoría no puede sostenerse sin negar una doctrina que se ha reafirmado en varios casos destacados de este tribunal, la que nunca ha dejado de aplicarse aquí, a saber: que cuando se ha encontrado una molestia

y la parte quejosa ha demostrado padecer un daño sustancial, se otorgará un mandato judicial.

En Nueva York la regla ha sido que tal molestia se someterá a un mandato judicial aunque se demuestre una disparidad marcada, en las consecuencias económicas, entre el efecto del mandato y el efecto de la molestia...

El tribunal de Término Especial [el tribunal de instrucción] determinó también el monto del daño permanente imputable a cada uno de los demandantes, a fin de guiar a las partes en caso de que ambas estipularan el pago y la aceptación de tal daño permanente como un arreglo de todas las controversias entre las partes. El total de los daños permanentes para todos los demandantes se fijó así en $185 000...

Este fallo [...] se aparta de una regla establecida, pero si se aplicara la regla al pie de la letra en estos casos, se cerraría la planta de inmediato. Este tribunal conviene plenamente en la necesidad de evitar ese remedio drástico de inmediato; la diferencia de opinión reside en el mejor modo de evitarlo. [Nota al pie del Tribunal: la inversión de Atlantic Cement Co. en la planta pasa de $45 000 000. Hay más de 300 personas empleadas ahí.]

Si se concediera el mandato judicial a menos que la molestia fuese eliminada en breve plazo —digamos 18 meses— mediante técnicas mejoradas que se descubrieran, se solicitarían inevitablemente varias prórrogas al tribunal de Término Especial para demostrar que se están haciendo esfuerzos de buena fe para encontrar tales técnicas. Las partes podrían arreglar este litigio privado en cualquier momento si el demandado pagara suficiente dinero y la amenaza inminente del cierre de la planta aumentara la presión sobre el demandado...

Además es improbable que se desarrollen técnicas para eliminar el polvo y otros subproductos molestos en la fabricación de cemento mediante cualquier investigación que el demandado pueda emprender en un corto plazo; tales desarrollos dependerán de los recursos totales de la industria cementera a nivel nacional y mundial. El problema es universal dondequiera que se fabrica cemento.

Por razones obvias, el ritmo de la investigación queda fuera del control del demandado. Si al cabo de 18 meses la industria cementera no ha encontrado una solución técnica, un tribunal se vería en el grave predicamento de cerrar esta planta de cemento si se toman en cuenta debidamente los principios de la equidad.

Por otra parte, el otorgamiento del mandato judicial, a menos que el demandado pague a los demandantes los daños permanentes que pueda determinar el tribunal, parece hacer justicia a las partes contendientes. Se habrán reparado todas las atribuciones de la pérdida económica causada a las propiedades en la que los demandantes basan sus reclamaciones.

Parece razonable pensar que el riesgo de ser requerido para pagar daños

permanentes a los dueños de las propiedades dañadas por los dueños de la planta de cemento constituiría por si mismo un incentivo razonablemente eficaz para la investigación de técnicas mejoradas que minimizaran la molestia [...] Por lo tanto, parece justo para ambas partes el otorgamiento del pago de daños permanentes a los demandantes para terminar este litigio privado [...] El fallo, al permitir el pago de daños permanentes que imponen una servidumbre a la tierra, que es la base de las acciones, impediría la recuperación futura de los demandantes o sus herederos.

Esto debe dejarse fuera de discusión mediante una disposición de fallo en el sentido de que el pago del demandado y la aceptación de los demandantes, de los daños permanentes determinados por el tribunal, será en compensación de la servidumbre impuesta a la tierra.*

Las órdenes deben revocarse, sin costos, y los casos deben remitirse a la Suprema Corte del Condado de Albany para que se expida un mandato judicial que será dejado sin efecto cuando el demandado pague las sumas del daño permanente, causado a los demandantes respectivos, que determine para este propósito el tribunal.

Jansen, J., en desacuerdo. Estoy de acuerdo con la mayoría en que se requiere una revocación, pero no acepto la nueva doctrina del pago de daños permanentes, en lugar de un mandato judicial, cuando la generación de una molestia ha perjudicado sustanciales derechos de propiedad...

Veo graves peligros en cambiar nuestra regla inveterada de otorgar un mandato judicial cuando una molestia causa sustanciales daños continuos. Al permitir que el mandato judicial deje de operar cuando se paguen los daños permanentes, la mayoría está permitiendo en efecto la comisión de un ilícito. Ello equivale a decir a la compañía cementera: puede seguir causando daño a sus vecinos siempre y cuando pague algo por ello. [*Énfasis* de los autores.] Además, una vez que tales daños permanentes sean evaluados y pagados, se eliminaría el incentivo para cesar el ilícito, de modo que continuaría sin menguar la contaminación del aire de un área.

Es cierto que algunos tribunales han sancionado el remedio aquí propuesto por la mayoría en varios casos, pero ninguna de las autoridades citadas por la mayoría es análoga a la situación que ahora conocemos. En tales casos, los tribunales, al negar un mandato y otorgar el pago de daños monetarios, basaron su decisión en la demostración de que el uso que se pretendía dar a la propiedad era primordialmente de beneficio público. Aquí, por el contrario, está claramente establecido que la compañía cementera está creando una molestia continua de contaminación del aire primordialmente en su propio interés privado, sin ningún beneficio público [...] En mi opinión, la promoción de los intereses de la compañía cementera contaminante no tiene ningún uso o beneficio público...

Yo prohibiría a la compañía cementera demandada que continuara la

descarga de partículas de polvo sobre las propiedades de sus vecinos a menos que, en el término de 18 meses, abatiera esta molestia...

PREGUNTA V.31

¿Es privada o pública la externalidad en el caso Boomer?

PREGUNTA V.32

¿Son bajos o altos los costos de transacción de la negociación entre las partes?

PREGUNTA V.33

Supongamos que las familias tuviesen el derecho de obtener un mandato judicial para que la compañía cementera dejara de contaminar. ¿Qué obstáculos enfrentaría la compañía cementera si tratara de comprar a las familias el derecho a contaminar?

PREGUNTA V.34

Explique el remedio otorgado por el tribunal. Supongamos que, en algún momento futuro, la compañía cementera duplica su nivel de producción, incrementando así el ruido, el humo, el polvo y las vibraciones infligidos a los vecinos. ¿Tendrán los casatenientes algún remedio?

PREGUNTA V.35

Contraste las diferencias existentes entre los daños temporales y los permanentes por lo que toca a los incentivos de las personas para construir casas nuevas cerca de una fábrica de cemento.

PREGUNTA V.36

¿Hasta qué punto podrá el derecho privado de la propiedad resolver el problema de la contaminación?

NOTA WEB V. 8

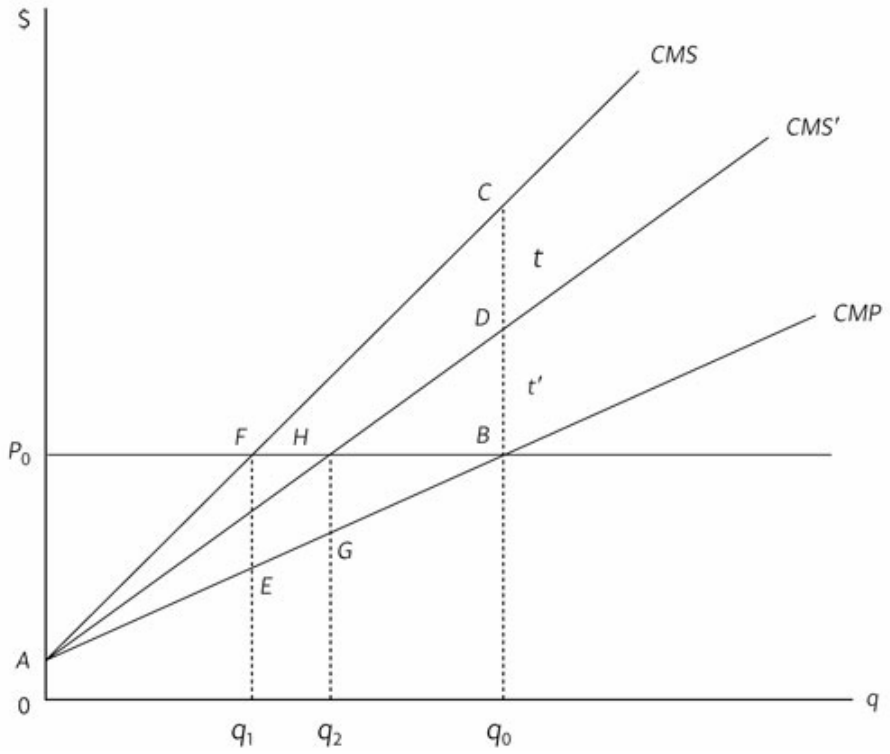
Véase en nuestro sitio web otro caso y algunas preguntas adicionales sobre el empleo de la ley de las molestias para corregir las externalidades. También presentamos un resumen de la nueva literatura sobre la elección entre las reglas de la propiedad y de la responsabilidad como remedios.

C. *Graficación de las externalidades*

Presentemos de manera gráfica cómo el otorgamiento del pago de daños puede internalizar una externalidad y restablecer la eficiencia. Suponemos que una empresa como Atlantic Cement es responsable de los costos externos que inflige a otros. En la gráfica V.1 se muestra la situación encarada por la empresa. La curva del costo marginal privado de la compañía, *CMP*, indica el costo privado de la empresa por producir diferentes cantidades de cemento. Los costos privados incluyen el capital, la mano de obra, la tierra y los materiales, pero no el daño externo causado por la contaminación. Los costos externos de la contaminación se suman a los costos privados para obtener los costos sociales de la producción

de cemento. La gráfica V.1 presenta dos curvas del costo marginal social representativas de dos tecnologías diferentes. Utilizando la tecnología antigua, la adición de los costos externos de la contaminación a los costos privados de la producción genera la curva de costo marginal social *CMS*. Esta curva representa el verdadero costo para la sociedad de cada nivel de producción bajo la tecnología antigua. Pero hay una tecnología nueva que contamina menos. Sus costos marginales sociales se muestran a lo largo de la línea *CMS'*. La superioridad de la nueva tecnología reside en el hecho de que causa la mitad de la contaminación que la tecnología antigua en cualquier nivel dado de producción. Por ejemplo, la tecnología antigua podría usar filtros en la chimenea, mientras que la tecnología nueva podría usar cepillos en la misma.

GRÁFICA V.1. *Incentivos para adoptar una tecnología nueva, superior, según una regla de daños temporales*



Con cualquiera de las dos tecnologías, y en ausencia de toda acción judicial o reguladora, el nivel de producción que maximiza el beneficio de la compañía, q_0, se determina en la intersección de la curva del costo marginal privado y el precio prevaleciente del producto, P_0. Utilizando la tecnología antigua, la cantidad total del costo externo infligido por el volumen de producción q_0 es el área *ABC*. Bajo la tecnología nueva, la cantidad total del costo externo infligido por el volumen de producción q_0 es el área *ABD*. El costo social neto infligido por la última unidad de producto es *t'* + *t* bajo la tecnología antigua y *t'* bajo la tecnología

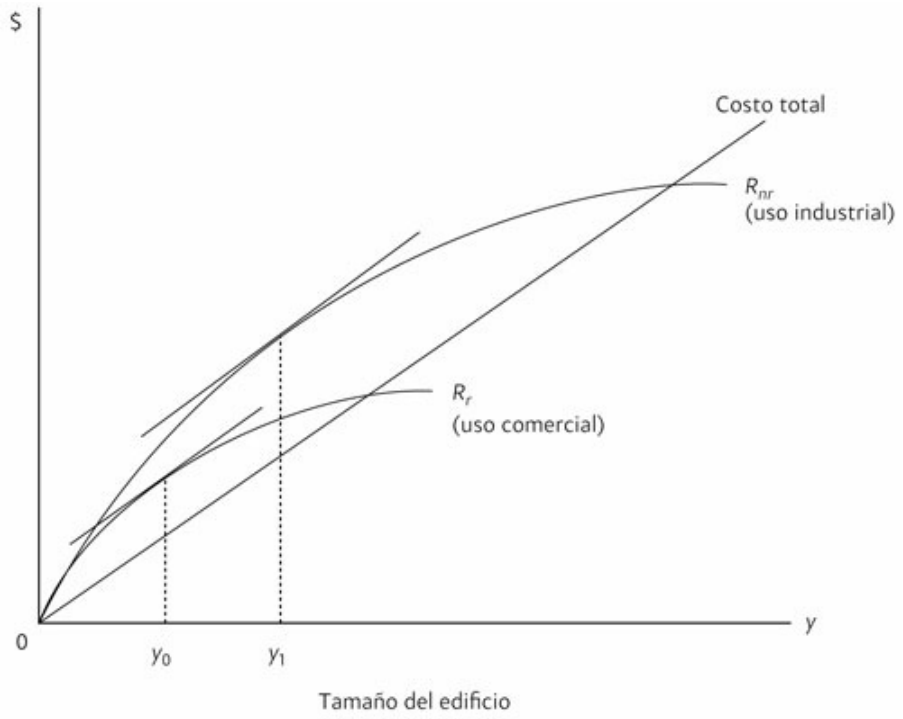
nueva. Adviértase fácilmente aquí que, a pesar de que no haya ninguna compulsión legal para que la empresa tome en cuenta los costos externos, la sociedad se encontrará en mejor situación si la empresa produce con la tecnología nueva, en lugar de hacerlo con la tecnología antigua. Sin embargo, si no se obliga a la empresa a internalizar estos costos externos, no tendrá ningún incentivo para adoptar la tecnología nueva.

Sin embargo, la situación cambiará si puede obligarse a la empresa a internalizar el costo social de su producción de cemento. Usando la tecnología antigua y haciendo a la empresa responsable de sus costos externos, el volumen de producción que maximiza su beneficio se determina por la intersección de P_0 y *CMS* en q_1. En este punto el costo de la contaminación es el área *AEF*. Pero bajo la tecnología nueva y haciendo a la empresa responsable de sus costos externos, el volumen de producción que maximiza su beneficio se determina por la intersección de P_0 y *CMS'* en q_2. La eficiencia social requiere que la empresa adopte la nueva tecnología y produzca en q_2. ¿Puede identificar el costo de la contaminación en el nivel de producción q_1 con la tecnología antigua, y en el nivel q_2 con la nueva tecnología?[53]

Pero ¿qué diremos de la empresa? ¿Se siente indiferente entre las dos tecnologías? No. Suponiendo que la empresa paga los costos de la contaminación, su beneficio máximo con la tecnología antigua es el área AP^0F, mientras que bajo la tecnología nueva es el área AP_0H. Es obvio que $AP_0H > AP_0F$.

¿Cómo se relacionan estas consideraciones con el interrogante que formulamos antes acerca de los incentivos existentes para adoptar tecnologías de producción superiores bajo las medidas alternativas de los daños? La respuesta intuitivamente factible es que la compañía cementera adoptará la tecnología más limpia con mayor rapidez bajo la alternativa de los daños temporales que bajo la de los daños permanentes, y esa intuición se ve corroborada por nuestro análisis formal. Sin embargo, estas ventajas económicas del pago de daños temporales sobre el pago de daños permanentes debe equilibrarse con los costos administrativos potencialmente mayores de los daños temporales.

GRÁFICA V.2. *Efectos de incentivos sobre inversionistas privados de una diferencia entre las confiscaciones compensables y las regulaciones no compensables*



PREGUNTA V.37

La línea de precios, P_0, es horizontal en la gráfica V.1. ¿Qué indica este hecho acerca de la competencia?

PREGUNTA V.38

Supongamos que la ciencia revela un nuevo peligro para la salud derivado de la contaminación proveniente de las fábricas cementeras. ¿De qué forma modificaría tal descubrimiento la gráfica y cómo cambiaría el nivel eficiente de la producción de cemento?

D. *Confiscaciones*

La teoría de la propiedad desarrollada en el capítulo IV subraya que los derechos de propiedad claros y seguros pueden facilitar la negociación, lo que crea un excedente derivado de la cooperación y el intercambio. Por otra parte, los derechos de propiedad poco claros e inseguros impiden la negociación, lo que destruye el excedente social. El poder del Estado para confiscar propiedades (es decir, para obligar su venta al Estado) y regular su uso reduce la claridad y la certeza de los derechos de propiedad.

La consiguiente destrucción del excedente social representa el costo económico del poder del Estado para confiscar propiedades y regular su uso. Frente al costo económico se encuentra el beneficio de proporcionar bienes

públicos a un costo menor. En esta sección desarrollaremos estas ideas en una teoría económica de los poderes de confiscación y regulación.

En muchos países, la Constitución limita el poder del Estado para confiscar la propiedad privada. Por ejemplo, la cláusula de la confiscación de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece que "la propiedad privada no será confiscada para uso público sin una compensación justa". De esta manera, la Quinta Enmienda prohíbe que el Estado confisque la propiedad privada, excepto bajo dos condiciones: 1)que la propiedad privada se confisque para un uso público, y 2)que el propietario sea compensado. Explicaremos enseguida la justificación económica de estas dos condiciones.

1. *Compensación*

A fin de entender el requerimiento de la compensación, procederemos en dos escenarios. En el primero, supongamos que la compensación no fuera necesaria (como fue el caso en Inglaterra hace algunos siglos) de modo que la expropiación de la propiedad privada podría ser un medio para financiar el gobierno. En el segundo, supongamos que existe la obligación de indemnizar y estudiar sus efectos de incentivo para que el gobierno utilice la propiedad privada. (Estudiaremos el efecto de la compensación sobre el uso de la propiedad privada por parte del propietario en una sección posterior.)

Primero, contrastemos las confiscaciones y los impuestos como medio de financiamiento del gobierno. Los impuestos se evalúan sobre una base amplia tal como el ingreso, la propiedad, las ventas o los legados. Todos los que están sujetos al pago de un impuesto enfrentan las mismas tasas. En cambio, una confiscación se refiere a una propiedad particular de una persona particular. A veces, las tiranías financian al gobierno y enriquecen a los funcionarios confiscando propiedades de los individuos. A fin de financiar al Estado mediante confiscaciones, el propietario privado cuya propiedad es confiscada no deberá recibir ninguna compensación. Si el dueño de una propiedad privada recibiera una compensación igual al valor de mercado de su propiedad, el Estado no podría verse beneficiado por la confiscación. Por lo tanto, el requerimiento de la compensación puede verse como un instrumento para canalizar las finanzas gubernamentales hacia los impuestos y en contra de las confiscaciones.

La economía provee fuertes razones en favor de que el Estado se financie con impuestos y no con confiscaciones. Toda clase de expropiación distorsiona los incentivos de los individuos y provoca ineficiencia económica, pero los impuestos distorsionan mucho menos que las confiscaciones no compensadas. Para ver por qué, considérese el principio básico de las finanzas públicas según el cual los impuestos dirigidos distorsionan más que los impuestos amplios. Aplicando este principio, una cantidad dada de ingresos puede recaudarse con menor distorsión mediante un impuesto a los alimentos que mediante un

impuesto a los vegetales, o mediante un impuesto a los vegetales mejor que mediante un impuesto a las zanahorias. Este principio surge del hecho de que es más difícil evadir los impuestos amplios que los impuestos estrechos. Por ejemplo, evadir un impuesto a los alimentos requiere que se coma menos, mientras que evadir un impuesto a las zanahorias requiere que se coma otro vegetal tal como el pepino. Los impuestos amplios distorsionan menos el comportamiento porque muchas personas no pueden cambiar su comportamiento para evadir los impuestos amplios. Así pues, la eficiencia requiere que el Estado obtenga recaudaciones de impuestos amplios tales como los del ingreso o el consumo.[54] En cambio, las confiscaciones tienen una base muy estrecha. Los propietarios individuales harán grandes esfuerzos para impedir que el Estado confisque su propiedad sin compensación. En efecto, la posibilidad de confiscaciones sin compensación desviaría esfuerzos y recursos en contra de la producción y en favor de la política de redistribución.

Estudiemos ahora el efecto del requisito de compensación sobre las acciones del gobierno. Los tribunales han sostenido que el requisito de compensación exige al gobierno que pague al dueño de una propiedad aproximadamente el valor justo de mercado si confisca su propiedad. Por razones que pronto explicaremos, dicho valor no podría ser exactamente el que el propietario quisiera o al que se llegaría en una transacción en condiciones de competencia entre el propietario y otro comprador. No obstante, el gobierno no puede ganar dinero mediante el pago del valor de mercado de la propiedad que confisca. Este hecho desalienta al gobierno para confiscar la propiedad privada en exceso.

2. *Uso público*

El requisito de la compensación no impide otro abuso político, como cuando el Estado confisca la propiedad de una persona y la vende a otra. Para apreciar este problema, considérese la diferencia existente entre una confiscación y una venta. Las ventas se motivan por la ganancia mutua, la que se crea trasladando la propiedad de los usos menos valuados a los usos más valuados. Por ejemplo, la compra que hizo Blas del Chevrolet 1957 de Adán crea un excedente porque Blas valúa el automóvil más que Adán. El hecho de que ambas partes deban consentir en la venta garantiza la ganancia mutua. En cambio, una confiscación no requiere el consentimiento del dueño de la propiedad, de modo que la ganancia unilateral puede motivar una confiscación. El dueño de una propiedad puede valuarla en mayor medida que quien la reciba.

Por ejemplo, supongamos que Sansón es el dueño del predio de su familia, cuyo valor de mercado es de $30 000, pero Sansón no desea venderlo porque valúa el predio en $100 000 por razones sentimentales. A Dalila le gusta el predio de Sansón y estaría dispuesta a pagar $40 000 por él. Supongamos además que el Estado puede obligar a Sansón a vender su propiedad a su "valor

justo de mercado". Por lo tanto, Dalila aporta $5 000 al fondo de campaña de un funcionario público prominente, quien confisca el predio de Sansón, le paga $30 000 y revende el predio a Dalila en $30 000. De esta forma, Dalila y el funcionario público ganan $5 000 cada uno, aunque Sansón pierde $70 000.

Al confiscar la propiedad de Sansón y entregársela a Dalila, el Estado transfiere una propiedad de una persona privada a otra, de modo que Dalila no tiene que pagar por el predio el precio subjetivo de Sansón. El requerimiento de la compensación a precios de mercado no impide este abuso, que ocurre porque el valor subjetivo del dueño supera al precio de mercado pagado como compensación. Para eliminar el abuso, el Estado podría compensar el precio subjetivo del dueño en lugar del precio de mercado. Sin embargo, sólo el dueño conoce el precio subjetivo. En una venta voluntaria, el dueño recibe por lo menos el precio subjetivo o no vende. Si el Estado deseara compensar por lo menos el precio subjetivo del dueño, tendría que comprar la propiedad, no confiscarla.

El requisito del "uso público" evita el abuso en este ejemplo. El uso por parte de Dalila, del predio de Sansón, es privado, no público. En consecuencia, en este ejemplo la confiscación viola el requisito del uso público. El requisito prohíbe que las confiscaciones se usen para eludir los mercados y transferir propiedad privada de una persona privada a otra. Por lo tanto, la propiedad debe confiscarse para un uso público. Por ejemplo, el predio de Sansón podría confiscarse para construir un parque, una escuela o una carretera.

El requisito del uso público no resuelve el problema de la ineficiencia en las transferencias involuntarias. Por ejemplo, supongamos que los automovilistas estarían dispuestos a pagar $40 000 por usar una carretera que pasara por el predio de Sansón, cuyo valor de mercado es de $30 000. Al confiscar la tierra, pagar $30 000 a Sansón y construir una carretera, el gobierno espera lograr un excedente de $10 000. En realidad, Sansón valúa su predio en $100 000, de modo que habrá una pérdida social neta de $60 000, y Sansón perderá $70 000.

Este ejemplo sugiere que el Estado no debería confiscar propiedades con compensación solamente para producir un bien público. En realidad, el Estado compra la mayor parte de los recursos que utiliza para proveer bienes públicos. Por ejemplo, el Estado compra cemento, lápices, camiones, focos y mano de obra. En efecto, las confiscaciones están limitadas en mayor medida que lo sugerido por los requisitos de la compensación y el uso público.

3. *Resistencias*

El gobierno debe comprar grandes extensiones de tierra de muchos dueños a fin de proveer algunos bienes públicos tales como las bases militares, los aeropuertos, las carreteras y las áreas vírgenes. Estos proyectos a menudo demandan la "contigüidad", lo que significa que las parcelas de tierra deben tocarse entre si. Por ejemplo, los segmentos de una carretera sólo se conectarán

si están en parcelas de tierra contiguas. La contigüidad perturba la negociación pues crea oportunidades de que los dueños se resistan.

Por ejemplo, supongamos que el Estado se propone construir un camino que atravesaría tres parcelas de tierra propiedad de tres personas diferentes. El Estado determina que los automovilistas pagarían por ese camino $200 000 más que los costos de construcción. En consecuencia, la eficiencia requiere que se emprenda el proyecto siempre que el valor de la tierra sea menor de $200 000. Los tres dueños valúan la tierra en $30 000 por parcela, de modo que la construcción del camino crearía un excedente social de $110 000. Supongamos ahora que el Estado adquiere una opción para comprar una de las parcelas por $30 000. El Estado podría pagar hasta $170 000 por las otras dos parcelas y aun así salir ganando. Sabiendo esto, cada uno de los propietarios pide $100 000 por su parcela de tierra. Si el Estado debe comprar la tierra, no confiscarla, el proyecto se verá frustrado.

El último dueño con frecuencia se "resiste" cuando el Estado adquiere parcelas de tierra contiguas que son necesarias para un proyecto público. En un ejemplo de la vida real, los constructores de un nuevo estadio de beisbol en Denver compraron toda la tierra excepto la propiedad de una persona que "se resistía", a quien un periódico llamaba "el tipo que es dueño de la primera base". Aunque los dueños no se resistan, la posibilidad de que lo hagan puede aumentar extraordinariamente los costos de transacción de la compra de una propiedad contigua. El poder de la confiscación elimina este problema. El gobierno debería recurrir a la venta forzada sólo cuando haya muchos vendedores, cada uno de los cuales controla recursos que son necesarios para el proyecto. Por lo tanto, las confiscaciones deberían guiarse por este principio: en general, el gobierno sólo debería confiscar la propiedad privada con compensación para ofrecer un bien público cuando los costos de transacción impidan la compra de la propiedad necesaria.

PREGUNTA V.39

¿Qué hacer si el gobierno necesita comprar una sola propiedad grande a fin de proveer un bien público, digamos una estación de rastreo de satélites? Sólo hay un propietario privado con quien tratar, y su propiedad es la única adecuada para la estación. ¿Debería permitirse que el gobierno obligue a este individuo, un monopolista para el uso público contemplado, a vender al valor justo de mercado?

PREGUNTA V.40

En Kelo *vs.* Ciudad de la Nueva Londres 545 Estados Unidos 469 (2005), la Suprema Corte de los Estados Unidos decidió un caso en el que los propietarios de tierras desafiaron el poder de una ciudad en Connecticut que confiscaría su propiedad para la reurbanización. El plan de reurbanización no contemplaba que toda la tierra se abriera al público. Las partes se desarrollarían de forma privada. Los demandantes argumentaron que la confiscación era

inconstitucional porque no era para un fin público. La Suprema Corte rechazó este argumento. Utilice el análisis económico para argumentar en favor o en contra de la opinión de que debe considerarse que tal plan de desarrollo mixto tiene una finalidad pública. (Consulte la nota web V.9 para consultar algunos casos recientes como éste.)

PREGUNTA V.41

Compare la eficiencia de los dos métodos siguientes para enmendar la restricción de la compensación justa:

a) Definir la compensación justa como el valor justo de mercado (incluidos los costos de la reubicación), más, por ejemplo, 20 por ciento.
b) Permitir que los dueños de la propiedad privada hagan sus propias evaluaciones del valor de su propiedad. Los dueños aceptan pagar impuestos prediales sobre ese valor autoestimado. Si el gobierno llega a confiscar la propiedad, aceptará pagar el valor autoestimado de la propiedad como una compensación justa.

4. *Seguro*

En general, la gente compra seguros sobre activos cuyo valor constituye una porción significativa de su riqueza, como una casa. La mayoría de los casatenientes compra un seguro contra incendios. Asimismo, la gente quiere asegurarse contra las confiscaciones. Las compañías privadas proveen seguros contra incendios, mientras que el Estado provee seguros contra las confiscaciones compensando a los dueños de propiedades. ¿Por qué el sector privado provee seguros contra incendios, mientras el público provee seguros contra las confiscaciones?

Esta pregunta deberá impulsarlo a relacionar las confiscaciones con la economía de los seguros. El seguro dispersa el riesgo entre los asegurados. En general, la mayor dispersión del riesgo reduce la cantidad que cada quien debe aportar. El Estado puede dispersar el riesgo de las confiscaciones sobre la base de todos los contribuyentes, que es más amplia que la base de todos los asegurados de cualquier compañía de seguros. Por lo tanto, la dispersión del riesgo aconseja el seguro público.

La eficiencia administrativa aconseja el seguro privado. La disciplina de la competencia causa un nivel de eficiencia administrativa mayor en los fondos de seguros privados que en los fondos de seguros estatales. Muchos fondos de seguros estatales, como el seguro para los depositantes de los bancos de ahorro estadunidenses, tienen una historia decepcionante.

La dispersión del riesgo y los costos administrativos no son decisivos. El argumento decisivo para el seguro público contra las confiscaciones se basa en los efectos de incentivo para el Estado. El Estado toma las decisiones referentes a la confiscación. Si el Estado no tuviera que pagar una compensación, podría

confiscar propiedades para financiarse, o podría hacerlo para redistribuir las propiedades entre los amigos de los políticos o podría comprar demasiados bienes públicos.[55]

5. *Regulaciones*

Al principio de este capítulo vimos cómo las funciones de utilidad o de producción interdependientes pueden causar la externalización de los costos sociales. Los juicios por molestias proveen un remedio; las regulaciones estatales ofrecen otro. Las regulaciones restringen el uso de la propiedad sin confiscar el título del dueño. La promulgación de regulaciones implica una lucha política entre los beneficiarios y las víctimas. Puesto que el resultado depende de la política, no del análisis de costo-beneficio, a menudo los costos totales de las regulaciones superan los beneficios totales. Sin embargo, un capítulo sobre la propiedad no es el lugar adecuado para desarrollar una crítica exhaustiva de las regulaciones. En esta sección nos concentraremos en una cuestión más estrecha relacionada con las confiscaciones.

En general, las regulaciones causan una reducción del valor de alguna propiedad, lo que podría provocar una demanda de compensación. Por ejemplo, un industrial que adquiere tierras para construir una fábrica podría verse obstruido cuando el gobierno local "zonifica" y prohíbe los usos industriales. El industrial podría demandar, alegando que el Estado tomó el valor de la propiedad pero no el título. Cuando los tribunales fallan en favor del demandante en tales casos, se dice que hubo una "confiscación". Cuando los tribunales fallan en favor del demandado en tales casos, se dice que hubo una "regulación". La diferencia es que una confiscación exige una compensación y la regulación no.

Queremos analizar los efectos incentivos de esta clasificación de las restricciones compensadas (confiscaciones) y las restricciones no compensadas (regulaciones). Si el Estado no tiene que compensar las restricciones, impondrá demasiadas restricciones. Si hay demasiadas restricciones, los recursos no se asignarán a su uso más valuado. Por lo tanto, las restricciones no compensadas generan usos ineficientes. En cambio, si el Estado debe compensar plenamente las restricciones, los dueños de propiedades se sentirán indiferentes acerca de que el Estado los restrinja o no. En tal caso, mejorarán su propiedad como si no hubiese ningún riesgo de que las restricciones les impidiesen el uso de las mejoras. Si las restricciones impiden subsecuentemente el uso de las mejoras, la inversión se habrá desperdiciado. Por lo tanto, las restricciones compensadas se traducen en mejoras dispendiosas. Ilustraremos este argumento con un ejemplo.[56]

LOS HECHOS: Xavier es un funcionario público en cuya oficina hay un mapa cruzado por una gruesa línea azul. Actualmente, las leyes de planeación del uso del suelo permiten que el área

ubicada al sur de la línea azul se use para cualquier propósito comercial, industrial o residencial. El gobierno se propone cambiar la ley y prohibir los usos industriales, aunque todavía se permitirán los usos comerciales.

Ivonne es dueña de un edificio ubicado en la línea azul. Actualmente utiliza el edificio como tienda, pero está considerando ampliar y mejorar el edificio para usarlo como una fábrica. Ivonne debe decidir cuánto invertirá en el mejoramiento de su edificio. Si abandona la idea de usar su edificio como fábrica, Ivonne hará una inversión menor en el mejoramiento de su edificio para usarlo como tienda, y la decisión gubernamental de regulación del uso del suelo no la afectará. Pero si sigue adelante con la idea de usar el edificio como fábrica, hará una inversión grande y la decisión gubernamental si la afectará. Si el gobierno lleva a cabo el cambio que se propone, perderá dinero en la inversión grande, y un tribunal tendrá que decidir si tiene derecho a una compensación por la pérdida. La decisión dependerá de que el tribunal declare que el cambio del plan gubernamental de uso del suelo es una regulación, en cuyo caso no deberá pagarse ninguna compensación, o una confiscación, en cuyo caso si deberá pagarse una compensación.

Consideremos los efectos incentivos de la decisión del tribunal sobre Ivonne. Si ella confía en que la zonificación es una confiscación y que recibirá una compensación, no correrá ningún riesgo al hacer una gran inversión, de modo que invertirá como si la acción gubernamental no implicara ningún riesgo de pérdida. Por otra parte, si confía en que la zonificación es una regulación y no percibirá ninguna compensación, asumirá el riesgo de que el valor de su inversión sea destruido por la acción gubernamental, de modo que restringirá su inversión.

La gráfica V.2 ilustra estos hechos. El eje vertical indica pesos, y el eje horizontal mide el tamaño del edificio renovado por Ivonne. La línea recta denominada "Costo total" indica la cantidad que gasta Ivonne en el agrandamiento del edificio. Dos curvas, denominadas R_{nr} y R_r, indican los ingresos que posiblemente generará el edificio en función de su tamaño. La curva de ingresos superior, R_{nr}, indica los ingresos obtenibles cuando no hay regulación, de modo que el edificio puede usarse como fábrica. La curva de ingresos inferior, denominada R_r, indica los ingresos obtenibles cuando hay regulación, de modo que el edificio no puede usarse como fábrica.

Aplicando la lógica económica usual, Ivonne maximizará sus beneficios eligiendo el tamaño de edificio donde el costo marginal se iguale a los ingresos marginales. Los valores marginales están dados por las pendientes de las curvas del valor total en la gráfica. y_0 es el punto en el que la pendiente de la curva de ingresos inferior se iguala a la pendiente de la curva de costo total, de modo que y_0 es el nivel de inversión maximizador del beneficio cuando se prohíbe el uso industrial. Si Ivonne estuviera segura de que los tribunales sostendrían que la zonificación es una regulación, maximizaría sus beneficios invirtiendo al nivel

bajo y_0.

y_1 es el punto donde la pendiente de la curva de ingresos superior se iguala a la pendiente de la curva de costo total, de manera que y_1 es el nivel de inversión que maximiza el beneficio cuando se permite el uso industrial. Si Ivonne estuviese segura de que los tribunales sostendrían que la zonificación es una confiscación, maximizaría sus beneficios (incluida la compensación) invirtiendo al nivel alto.

Consideremos ahora el nivel eficiente de la inversión. La eficiencia social requiere que Ivonne tome en cuenta los riesgos reales, incluido el riesgo de que la acción gubernamental destruya el valor de la inversión contemplada. Si fuese seguro que el gobierno no alteraría las regulaciones del uso de suelo en esta área, la eficiencia requeriría que Ivonne invirtiera al nivel elevado y_1. Por otra parte, si fuese seguro que el gobierno cambiaría las reglas, la eficiencia requeriría que Ivonne invirtiera al nivel bajo y_0. En realidad, no es seguro que el gobierno haga la modificación, de modo que la eficiencia exige que Ivonne invierta a un nivel entre y_1 y y_0.[57]

Ninguna compensación hace que Ivonne internalice el riesgo. Cuando ella internaliza el riesgo, invierte eficientemente a un nivel por encima de y_0 y por debajo de y_1. Concluimos que ninguna compensación por la pérdida de valor en las inversiones causada por la acción gubernamental incierta ofrece incentivos para la inversión privada eficiente. Sin embargo, la compensación hace que Ivonne invierta en y_1, como si el riesgo fuese nulo. Concluimos que la compensación plena por la pérdida de valor de las inversiones causada por la acción gubernamental incierta ofrece incentivos para una inversión privada excesiva.

Este argumento se aplica a los incentivos de las personas privadas, mas no del Estado. El efecto de las dos instituciones legales —las regulaciones y las confiscaciones— es muy diferente cuando pasamos de las personas privadas a los funcionarios públicos. Si el tribunal decide que la modificación de los usos del suelo permitidos en el área en cuestión es una mera regulación, de modo que no debe pagarse ninguna compensación, la modificación no le costará nada al gobierno. En cambio, si el tribunal decide que esta acción particular es una confiscación, de modo que debe pagarse una compensación, este tipo de acción es muy costosa para el gobierno. Obviamente, la ausencia de compensación de las regulaciones da a los funcionarios públicos un incentivo para regular en demasía, mientras que la necesidad de compensar de las confiscaciones hace que los funcionarios públicos internalicen el costo total de la expropiación de propiedad privada. Cuando es probable que la acción gubernamental sea juzgada como una confiscación, el gobierno internalizará el costo de sus acciones y así restringirá su confiscación de propiedad privada. Por otra parte, cuando es probable que la acción gubernamental sea juzgada como una mera regulación, el

gobierno carece de incentivos importantes para conservar el uso de valiosos derechos de propiedad privada.

Si el Estado compensa a los dueños de propiedades por las confiscaciones gubernamentales, los dueños de propiedades tendrán un incentivo para hacer mejoras excesivas; mientras que si el Estado no compensa, el gobierno tendrá un incentivo para regular en exceso la propiedad privada. Ésta es la paradoja de la compensación, que encontraremos de nuevo en nuestros estudios de los contratos y los ilícitos culposos. Los funcionarios deben considerar esta paradoja cuando deban decidir si una acción estatal que disminuye los valores de la propiedad privada es una confiscación o una regulación. Si los propietarios privados responden a la compensación haciendo mejoras en exceso, su comportamiento mejorará si se declara que la acción estatal es una regulación. En cambio, si el gobierno responde a la ausencia de compensación con una acción excesiva que lesiona a los dueños de propiedades, su comportamiento mejorará si se declara que la acción estatal es una confiscación. En cambio, si el gobierno responde a la no compensación por la acción excesiva que perjudica a los dueños de propiedades, entonces su comportamiento mejorará si se declara que la acción del Estado es una confiscación. En términos técnicos, la elasticidad de la oferta de inversión privada en relación con la compensación favorece la regulación y no la confiscación, y la elasticidad de la oferta de la acción estatal en relación con la compensación favorece las confiscaciones y no las regulaciones.

NOTA WEB V.9

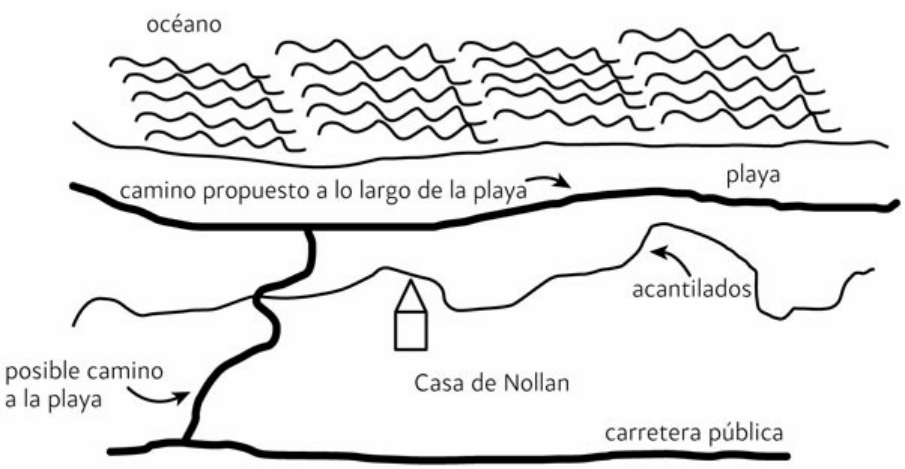
Recientemente han ocurrido en los Estados Unidos algunos casos fascinantes acerca de las regulaciones no compensables y las confiscaciones compensables. En nuestro sitio web revisamos algunos de estos casos y algo de la literatura reciente sobre estas cuestiones.

E. *Negociación con el Estado*

Ahora abordaremos un famoso caso en el que un propietario tuvo éxito al demandar al Estado por confiscar un derecho de propiedad a través de la forma en que regulaba el desarrollo. Al norte de Los Ángeles, gran parte de la magnífica costa de California sigue estando intacta por el desarrollo, y la Comisión Costera de California es responsable de mantenerla de esa manera. El dueño de una propiedad, llamado Nollan, trató de obtener un permiso de la Comisión para ampliar una pequeña vivienda costera y convertirla en una casa. La propiedad se encuentra entre la playa y la vía pública, como se muestra en la figura V.3. La casa habría reducido y degradado la vista de la costa desde la carretera, misma que la Comisión quería proteger. Para hacerlo, la Comisión podría haber negado el permiso para construir la casa; sin embargo, ésta le dio otro enfoque, ya que tenía otro objetivo: crear un camino público a lo largo de la playa, como se indica en la figura. La Comisión pidió al dueño que donara un camino público a lo largo de la playa a cambio de los permisos para construir la casa. Los desarrolladores

privados de vivienda donan terrenos con frecuencia, como cuando donan terrenos para una escuela y una carretera a cambio de un permiso para construir viviendas en terrenos agrícolas. Sin embargo, en lugar de donar el camino el propietario demandó a la Comisión.

FIGURA V.3.



Es claro que la ley permite al Estado regular la propiedad para proteger al público contra los daños, y es claro que la ley prohíbe al Estado expropiar la propiedad de algunos propietarios sin compensarlos para financiar los bienes públicos. ¿La Comisión Costera protegía al público u obligaba a una persona privada a pagar por una mitigación pública? La Suprema Corte de los Estados Unidos llegó a la última conclusión en un dictamen complejo escrito por el juez Scalia. El tribunal buscó un "nexo" entre el daño causado por el propietario (obstruyendo la vista del público desde la carretera) y el remedio exigido por la Comisión (la donación de un camino público a lo largo de la playa). El tribunal argumentó que sin dicho nexo, la regulación era una confiscación ilegal. Dado que el tribunal no pudo encontrar un nexo, el propietario ganó la disputa.

Podemos extraer un principio legal de estos hechos. Para que una regulación proteja a la población contra los daños, debe mitigarlos. El Estado puede condicionar un permiso a cambio de la mitigación de los daños causados por su ejercicio. La donación de terrenos para mitigar el daño está permitida. Por ejemplo, la Comisión podría haber pedido a Nollan que donara un camino que pasara alrededor de la casa y llegara a la playa. (Véase el "posible camino a la playa" en la figura.) La donación de un terreno para un propósito no relacionado con el daño no lo mitiga. En cambio, una donación para otro propósito compensa el daño mediante el suministro de algo más de valor. Nollan puede interpretarse como la representación del principio de que el Estado no puede condicionar un permiso a cambio de la compensación del daño causado por el ejercicio del permiso.

Algunos números hipotéticos inspirados en Nollan muestran un problema con esta política de prohibir los permisos condicionados a cambio de compensaciones. De acuerdo con la figura V.4, el dueño de la propiedad valora la construcción de la casa en 1 000, y la Comisión valora la pérdida de la vista del público en 300. La figura V.4 muestra las valoraciones para "construir" y "no construir" en las dos columnas de la figura.

La figura V.5 muestra las valoraciones para "mitigar" y "compensar". La mitigación requiere que la casa se rediseñe para mejorar la vista, lo que le cuesta 300 al propietario y beneficia al público con 250 como lo estimó la Comisión. De otro modo, la donación de un camino a lo largo de la playa le cuesta 250 al propietario y beneficia al público con 400.

La figura V.6 combina los números de las dos figuras anteriores para presentar los beneficios netos de las acciones alternas. "No actuar" le genera 0 beneficios a ambas partes. "Actuar y mitigar" le genera 700 al dueño de la propiedad (1 000 – 300 = 700) y –50 al público (–3 00 + 250 = –50), el beneficio neto obtenido es de 650. Aparentemente, estas dos opciones ("No actuar" y "Actuar y mitigar") son las únicas autorizadas por el tribunal en el caso Nollan. Teniendo en cuenta estas dos opciones, es probable que la Comisión se negara a expedir un permiso, y el resultado sería 0 beneficios para ambas partes.

FIGURA V.4. *Valor de construir y de no construir*

	Actuar (construir la casa)	No actuar (no construir la casa)
Dueño de la propiedad	+1000	0
Comisión pública	–300	0

FIGURA V.5. *Valor de mitigación y compensación*

	Rediseñar la casa (mitigar)	Camino a lo largo de la playa (compensar)
Dueño de la propiedad	–300	–250
Comisión pública	+250	+400

FIGURA V.6. *Valores netos*

	No actuar	Actuar y mitigar	Actuar y compensar
Dueño de la propiedad	0	700	700
Comisión pública	0	–50	100
Total	0	650	850

El tribunal no permitirá, aparentemente, que las partes actúen y compensen, lo que beneficiaría a ambos. "Actuar y compensar" genera 750 para el dueño de la propiedad (1 000 – 250 = 750) y 100 para la comisión pública (–3 00 + 400 = 100); el beneficio total es de 850.

Con estos números hipotéticos, la participación de Nollan genera un beneficio de 0 para ambas partes (la Comisión niega el permiso de construcción), mientras que si se permite a la Comisión exigir una compensación se genera un beneficio de 850 (la Comisión otorga el permiso y el propietario dona el camino). Estos números hipotéticos muestran que el principio en el caso Nollan puede causar fácilmente un bloqueo ineficiente de permisos de construcción. Aparentemente, la Suprema Corte llegó a este principio porque temía que el Estado abusara de las compensaciones. El Estado podría exigir compensaciones a los dueños de propiedades políticamente vulnerables en lugar de la recaudación de impuestos. Por ejemplo, un alcalde elegido por los arrendatarios podría exigir compensaciones cada vez que los propietarios necesitaran permisos de construcción. El alcalde podría utilizar las compensaciones para financiar los bienes públicos en lugar de imponer impuestos que recaigan en parte de los arrendatarios.

El alcance potencial de tales compensaciones abusivas es grande por dos razones. Primero, el Estado tiene amplios poderes de regulación, muchos de los cuales no se utilizan. El Estado podría empezar a introducir restricciones innecesarias a quienes buscan permisos de construcción (y otros) sólo para obtener compensaciones. Segundo, el Estado puede exigir una compensación cuyo valor exceda el daño causado por el ejercicio del permiso. En la figura V.4 la construcción beneficia al propietario con 1 000. De este modo, el Estado puede exigir hasta 1 000 en compensaciones, como condición para permitir que el propietario construya y el propietario gana por aceptar la oferta, aun si la construcción perjudica al público sólo con 300.

El miedo al abuso es razonable, pero el tribunal debería haber resuelto el problema de una manera diferente que evitara la ineficiencia. Una mejor solución prohíbe las compensaciones a menos que el Estado también le dé la oportunidad de mitigar al dueño de la propiedad. Este enfoque implica que la Comisión debe darle al dueño de la propiedad el permiso para construir la casa bajo la condición de que el propietario lleve a cabo la mitigación o la compensación. La relación "sea que... o..." es disyuntiva. Proponemos un permiso condicional disyuntivo.

La opción adicional puede beneficiar a ambas partes. En la figura V.6 el permiso condicional disyuntivo permite que el propietario rediseñe la casa a un costo de 300 (mitigar) o donar un camino a lo largo de la playa a un costo de 250 (compensar). El propietario elegirá el segundo, lo que beneficiará al público mucho más que el primero. En general, permitir al Estado una opción adicional —emitir un permiso que ponga como condición la mitigación o la compensación— no puede empeorar la situación del Estado. Al emitir un permiso condicional disyuntivo, el Estado da una opción adicional al dueño de la propiedad. En la figura V.6 el dueño de la propiedad elegirá la compensación. En general, permitirle al dueño de la propiedad una opción adicional —mitigar o compensar—

no puede empeorar la situación del dueño de la propiedad. Por tanto, permitir que el Estado elija o rechace la emisión de un permiso condicional disyuntivo es más eficiente (Pareto) que no permitir que lo haga.

PREGUNTA V.42

Supongamos que las figuras V.4 y V.5 describen los hechos en el caso Nollan. ¿Por qué razón podría el dueño de la propiedad desafiar a la Comisión y litigar en vez de aceptar la oferta de la Comisión para dar un permiso a cambio de la donación de un camino a lo largo de la playa?

PREGUNTA V.43

La imagen del caso Nollan indica el "camino propuesto a lo largo de la playa" y un "posible camino a la playa". El tribunal no permitió a la Comisión otorgar el permiso de construcción bajo la condición de la donación del camino a lo largo de la playa. ¿Por qué razón podría haber permitido el tribunal a la Comisión dar un permiso de construcción bajo la condición de la donación de un camino a la playa?

PREGUNTA V.44

El Gobierno Federal provee seguros contra desastres que ayudan a la gente a construir viviendas para vacacionar en lugares propensos a inundaciones, como las dunas de arena. Supongamos que el gobierno quiere proteger el medio ambiente mediante la prevención de la construcción de viviendas en una duna de arena específica cerca del océano. Si el gobierno toma la propiedad privada en la duna de arena, ya sea declarándola en ruina o a través de la imposición de regulaciones que prohíban cualquier tipo de construcción, ¿la compensación debería incluir o excluir el aumento en el valor del terreno generado por el seguro gubernamental contra inundaciones?

F. *Zonificación y regulación del desarrollo*

Algunos bienes, llamados complementarios, se consumen mejor juntos, como ocurre con la carne y el chile; mientras que otros bienes, llamados sustitutos, se consumen mejor por separado, como ocurre con el helado y los chiles. Podemos hacer una categorización similar en lo tocante a la separación espacial de las actividades económicas: es preferible ubicar a los restaurantes cerca de las oficinas, y es preferible separar las industrias con chimeneas lejos de las residencias. Sin embargo, hay una diferencia importante entre la separación culinaria y la espacial: ninguna ley prohíbe que se coma helado con chile, pero los decretos de zonificación de la mayoría de las localidades si prohíben la ubicación de la industria en zonas residenciales.

Trataremos de explicar aquí el elemento de compulsión en la segregación de las actividades económicas mediante leyes de zonificación. Se puede defender la zonificación como una respuesta a una clase importante de falla del mercado. Cuando aumenta la demanda de un bien, el precio se eleva y los productores responden produciendo más. La elevación del precio es una señal para que los

productores destinen más recursos a la producción de ese bien. En general, esta señal es apropiada en el sentido de que la sociedad está en mejor situación cuando se desplazan recursos a la producción de bienes cuyo precio está en aumento. Pero hay circunstancias especiales en las que se cruzan las señales. En estos casos especiales, sería preferible para la sociedad que los productores de cierto bien respondieran a un aumento del precio de ese bien produciendo menos; sin embargo, en un mercado libre, responderán a la elevación del precio produciendo más.

Para ilustrar con un ejemplo histórico, supongamos que en el año de 1900 la industria se ubica en la playa de una bahía no desarrollada de California. El propósito de ubicar la industria en la playa era contar con acceso fácil a los barcos, pero en 1960 los fabricantes usan camiones en lugar de barcos. Además, la bahía tiene ahora gran atractivo estético y recreativo. Dado el cambio de las circunstancias, la eficiencia exige una reubicación gradual de la industria hacia el interior, y la construcción de residencias o parques recreativos en la bahía.

Para lograr que las fábricas se salgan y se construyan residencias, los fraccionadores deberán elevar el precio de la tierra de la bahía en relación con el precio de la tierra del interior. Pero hay un obstáculo para que el mercado no regulado alcance este resultado. El problema es que nadie quiere vivir al lado de una fábrica, de modo que los fraccionadores no están dispuestos a pagar mucho por la tierra de la bahía mientras permanezca allí la industria. En lugar de que las fábricas se alejen de la bahía, puede ocurrir lo contrario: a medida que se expande la industria, las residencias pueden alejarse del agua. Si el precio relativo de la tierra en las cercanías del agua está bajando porque los residentes huyen hacia el interior para escapar de la industria, el mercado no regulado estará dando señales erróneas en esta situación.[58]

Conclusión

En los capítulos IV y V desarrollamos una teoría económica de la propiedad y la aplicamos a un amplio conjunto de problemas legales. Nuestra teoría considera la propiedad como la institución que otorga a la gente libertad sobre el uso de los recursos; el derecho de la propiedad puede estimular el uso eficiente de los recursos mediante la creación de reglas que faciliten la negociación y el intercambio y que minimicen las pérdidas cuando fracase la negociación. Organizamos nuestro análisis teórico de las reglas de la propiedad alrededor de cuatro preguntas que debe responder un sistema de derecho de la propiedad. Al responder estas preguntas, revelamos la lógica económica que se encuentra detrás de gran parte del derecho de la propiedad.

Lecturas recomendadas

Cooter, Robert D., “Organization as Property: Economic Analysis of Property

Law Applied to Privatization", Journal of Legal Economics,vol. 2, 1992, p. 77.
Epstein, Richard A., Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain,Harvard University Press, Cambridge, 1985.
Fischel, William A., Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics,Harvard University Press, Cambridge, 1995.
Goldstein. Paul, Copyright's Highway: The Law and Lore of Copyright from Guttenberg to the Celestial Jukebox,Hill and Wang, Nueva York, 1994.
Heller, Michael, A., The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives,Basic Books, Nueva York, 2008.
Jaffe, Adam B., y Manuel T. Trajtenberg, Patents, Citations, and Innovations: A Window on the Knowledge Economy, The MIT Press, Cambridge, 2002.
Lubet, Steven, "Notes on the Bedouin Horse Trade or Why Doesn't the Market Clear, Daddy?", Texas Law Review,vol. 74, 1996, p. 1039.
Miceli, Thomas J., y Kathleen Segerson, Compensation for Regulatory Takings: An Economic Analysis with Applications, JAI Press, Greenwich, 1996.
Parchomovsky, Gideon, y Peter Siegelman, "Selling Mayberry: Communities and Individuals in Law and Economics", California Law Review,vol. 92, 2004, p. 75.
Rapaczynski, Andrzej, "The Roles of the State and the Market in Establishing Property Rights", Journal of Economic Perspectives, vol. 10, 1996, p. 87.

VI. TEORÍA ECONÓMICA DE LOS ILÍCITOS CULPOSOS

> El derecho antiguo simplemente preguntaba: "¿Realizó el demandado el acto físico que dañó al demandante?" El derecho de hoy, fuera de ciertos casos basados en la política pública, plantea otro interrogante: "¿Fue el acto culpable?"
>
> JAMES BARR ADAMS, *"Law and Morals"*, *Harvard Law Review* 22, 1908, 97, 99

> Incluso si no hay negligencia, la política pública exige que la responsabilidad se fije dondequiera que reduzca con mayor eficacia los azares de la vida y la salud inherentes a los productos defectuosos que llegan al mercado.
>
> JUEZ ROGER TRAYNOR, Escola vs. Coca Cola Bottling Company, P.2D, 150, 1944, 436

LAS PERSONAS se lesionan a menudo recíprocamente al hacer algo errado: los motoristas chocan en la carretera, el cliente de un bar le da un puñetazo a la persona que está parada a su lado, un instrumento intrauterino de control natal causa infertilidad, un periódico informa incorrectamente del arresto de un empresario por solicitar los servicios de una prostituta, un profesor administra un examen injusto, etc. Algunas de estas situaciones son accidentales y otras son intencionales, algunas son serias y otras triviales, algunas son delitos y otras sólo son molestias.

Supongamos que en cada uno de estos casos la víctima presenta una demanda legal. ¿Según cuál cuerpo de derecho podrá demandar la víctima? En virtud de que el demandante y el demandado son personas privadas (no el Estado), por definición, el juicio corresponde al "derecho privado", como el derecho de la propiedad y el derecho de los contratos. La víctima no podrá demandar según el derecho de los contratos (el cual abordaremos en un capítulo posterior) porque el incumplimiento de una promesa no causó el perjuicio en ninguno de estos casos. La víctima no podrá demandar según el derecho de la propiedad el pago de daños causados al cuerpo, a la reputación o al registro de calificaciones académicas porque estas cosas no son una propiedad. (Usted no puede transferir su cuerpo, legar su reputación o vender sus calificaciones.) Las pérdidas grandes pueden escapar al derecho contractual o al derecho de la propiedad, como la explosión de la plataforma petrolera Deepwater Horizon de British Petroleum en el Golfo de México en 2010, que resultó en miles de millones de dólares en pérdidas (así como la muerte de las aves, los peces y las plantas acuáticas).

Estos hechos demuestran la necesidad de un tercer cuerpo principal del derecho privado, además del derecho de la propiedad y del derecho de los

contratos. El tercer cuerpo de derecho se ocupa de los ilícitos compensables que no surgen del incumplimiento de un contrato y no pueden remediarse mediante una orden judicial contra la interferencia futura. He aquí algunos ejemplos más detallados:

EJEMPLO 1

José Pérez sospecha de las salidas de su esposa, Juana Pérez. Al final de una ardua noche de trabajo en el muelle de carga, Xavier Flores se acerca a José. Sospechando que Xavier ha estado enamorando a Juana, José lo insulta y le propina un golpe que le rompe la nariz. Más tarde, Flores demanda por el perjuicio causado a su reputación y a su nariz.

EJEMPLO 2

Tres cazadores se meten al bosque en busca de faisanes. Se dispersan en una línea de ataque, separados por unos 20 metros, caminando en la misma dirección, cuando el cazador del centro se topa con un pájaro que alza el vuelo golpeando sus alas. Los cazadores a su izquierda y su derecha se vuelven hacia el pájaro y disparan. El pájaro escapa, pero el cazador del centro se queda ciego por los disparos. Uno de los dos cazadores causó seguramente el daño, pero no hay manera de saber cuál de ellos fue. La víctima los demanda a los dos.

EJEMPLO 3

Un fabricante produce aditivos para combustibles automotrices que exigen un control de calidad sumamente cuidadoso. Si el control de calidad se mantiene a un nivel alto, la mezcla química del producto es correcta y nunca causará daño a los motores de los automóviles. Pero si el control de calidad se relaja y se permite que disminuya a un nivel bajo, algunas porciones de la mezcla química serán defectuosas. Algunos de los automóviles que utilicen las porciones deficientes serán perjudicados; específicamente, el motor perderá una biela y se caerá en pedazos. Después de aflojada la varilla, un mecánico alerta podrá detectar la causa del daño examinando el combustible del automóvil y otras señales distintas. El fabricante determina que un alto nivel del control de calidad cuesta más que el daño causado a algunos motores automotrices por el bajo nivel del control de calidad, de modo que adopta un bajo nivel del control de calidad. El propietario del automóvil dañado demanda al fabricante y pide el pago de daños punitivos.

En los países de habla inglesa, el cuerpo del derecho común relevante para estos casos recibe el nombre de los ilícitos culposos *(tort law)*. Poco tiempo después de conquistar Inglaterra en 1066, los normandos perdieron su lengua francesa, pero conservaron una forma peculiar de ese idioma para escribir acerca del derecho. Tort significa “francés legal”, y se deriva de la palabra latina *tortus* (torcido). El derecho común de los ilícitos culposos se traslapa con el derecho de la “responsabilidad civil” en Europa Continental. Los europeos continentales utilizan esta frase para referirse a los juicios privados por perjuicios, por oposición a los juicios penales. Sin embargo, diferentes tradiciones legales ubican las fronteras de grandes áreas del derecho de manera algo diferente, e incluso adoptan doctrinas legales distintas.

El ejemplo 1 ilustra un "tort intencional", así llamado porque el victimario inflige intencionalmente el daño a la víctima. Muchos torts intencionales son también delitos, como el asalto, el ataque, la privación ilegal de la libertad y la aplicación intencional de coacción emocional. De acuerdo con el derecho de los ilícitos culposos, la víctima de una persona que comete tales actos puede demandarla por el pago de daños y el Estado también puede procesar a dicha persona según el derecho penal. Los torts intencionales se parecen tanto a los delitos que no los discutiremos aquí. Por el contrario, utilizaremos nuestro análisis de los delitos en el capítulo XII como una introducción a los torts intencionales.

La mayor parte de los ilícitos que consideraremos en los dos capítulos de los torts son no intencionales, es decir, accidentes inadvertidos. Como una ilustración, el ejemplo 2 describe un accidente de cacería. El ejemplo 3 es más complicado. El bajo nivel del control de calidad del fabricante es deliberado, y el daño resultante para los automóviles es estadísticamente previsible, pero el daño causado a automóviles particulares es accidental. El ejemplo 3 difiere también de los otros dos ejemplos porque el victimario vendió un producto a la víctima, de modo que las dos partes participaron en una transacción comercial.

El derecho de los accidentes fue uno de los primeros cuerpos del derecho privado que se analizaron con éxito utilizando modelos económicos formales. Al igual que en todos los capítulos introductorios de este libro, nos ocuparemos primero de la teoría general, y en el capítulo siguiente nos enfocaremos en temas específicos, incluyendo algunas propuestas de reforma del sistema de responsabilidad de los ilícitos culposos.

1. Definición del derecho de los ilícitos culposos

Empezamos este capítulo con una lista de ejemplos de daños para los que no ofrecen ningún remedio los derechos de los contratos y de la propiedad. La víctima no puede utilizar estos derechos para demandar cuando no hay incumplimiento de contrato ni daño a la propiedad ni un daño continuo que deba prohibirse. Esta laguna crea la necesidad de un derecho de los ilícitos culposos. Ahora queremos demostrar que esta laguna del derecho de la propiedad y el derecho de los contratos existe necesariamente, y al hacerlo así describiremos la esencia económica del derecho de los ilícitos culposos.

A. *Esencia económica del derecho de los ilícitos culposos*

La negociación permite que las personas cooperen en lo tocante a muchas clases de daños que una persona impone a otra. Recordemos los ejemplos que analizamos al explicar el teorema de Coase, como las vacas del ganadero y la cosecha del agricultor, o el humo de la compañía eléctrica y la ropa blanca de la lavandería, o las chispas del ferrocarril y los campos de trigo del agricultor. Sin

embargo, para algunos tipos de daños los costos de negociación son tan elevados que las partes no pueden cooperar entre sí. Los cazadores del ejemplo 2 podrían negociar un acuerdo para asignar el costo de un accidente antes de empezar a disparar a los faisanes. Sin embargo, el costo de la negociación (incluida la atmósfera desagradable que crea) es grande en relación con la pequeña probabilidad de un accidente de caza. De igual modo, los conductores no pueden negociar con cada uno de los demás conductores y ponerse de acuerdo sobre la asignación del costo de los accidentes futuros.

En el ejemplo 1, José Pérez no tenía una actitud negociadora cuando le rompió la nariz a Xavier Flores. El obstáculo para cooperar en este ejemplo son las emociones, no los costos. En el ejemplo 3, donde los aditivos defectuosos destruyen los motores automotrices, el fabricante podría pensar que la mayoría de los consumidores ignorará los peligros causados por los aditivos defectuosos. En consecuencia, quizá no desea alertar a los consumidores mencionando el peligro en el contrato celebrado con el consumidor o en la garantía del producto. El obstáculo para cooperar en este ejemplo es la ignorancia de los consumidores y la decisión estratégica del productor de ocultar la información.

Recuérdese que el teorema de Coase trata todos los obstáculos de la negociación —incluidos los costos de negociación, las emociones, las imperfecciones cognitivas, la información privada y la estrategia— como "costos de transacción". Podemos utilizar esta idea para explicar la frontera que separa al derecho de los contratos del derecho de los ilícitos culposos. El derecho de los contratos se ocupa de las relaciones existentes entre individuos para quienes son relativamente bajos los costos de transacción de los acuerdos privados, en tanto que el derecho de los ilícitos culposos se ocupa de las relaciones entre individuos para quienes son relativamente elevados los costos de transacción de los acuerdos privados. Los economistas describen como externalidades los daños que quedan fuera de los acuerdos privados. El propósito económico de la responsabilidad de los ilícitos culposos es el de inducir a los victimarios y a las víctimas a internalizar los costos del daño que puede ocurrir si no se tiene cuidado. El derecho de los ilícitos culposos internaliza estos costos haciendo que el victimario compense a la víctima. Cuando los victimarios potenciales internalizan los costos del daño que causan, tienen incentivos para invertir en la seguridad a nivel eficiente. La esencia económica del derecho de los ilícitos culposos es que utiliza la responsabilidad para internalizar las externalidades creadas por los costos de transacción elevados.

La responsabilidad de los ilícitos culposos es sólo uno de varios instrumentos disponibles para internalizar las externalidades creadas por los costos de transacción elevados. Otros instrumentos son los estatutos penales, las regulaciones de seguridad y los incentivos fiscales. Cada uno de éstos tiene sus ventajas y desventajas. Este capítulo explicará los puntos fuertes y débiles de la responsabilidad de los ilícitos culposos como un instrumento para internalizar

las externalidades.

PREGUNTA VI.1

Según la conclusión del capítulo IV, "... los derechos de la propiedad son la parte de derecho que hace que los propietarios internalicen los costos sociales y los beneficios de los usos alternos de sus bienes". Los ilícitos culposos también forman parte esencial del derecho. Explique por qué.

B. *Teoría tradicional de la responsabilidad por los ilícitos culposos*

Describimos antes la esencia del derecho de los ilícitos culposos en términos de su función económica. Antes de analizar estas funciones, describiremos una teoría legal tradicional de los ilícitos culposos. En los primeros años del siglo XX, una teoría legal especificaba los elementos esenciales de un ilícito culposo. Esta teoría tradicional del derecho de los ilícitos culposos era sustancialmente aceptada en los Estados Unidos hace 100 años. Analizaremos la teoría tradicional porque los elementos esenciales de un ilícito culposo estipulados por ella sirven como bloques de construcción del modelo económico de la responsabilidad por los ilícitos culposos.

Tres elementos deben estar presentes para que el demandante tenga derecho al pago de los daños de acuerdo con la teoría tradicional de los ilícitos culposos:

1. el demandante debe haber sufrido un daño;
2. el acto o la omisión del demandado debe haber causado el daño; y
3. el acto o la omisión del demandado debe constituir el incumplimiento de una obligación que el demandado tiene con el demandante.

Explicaremos cada elemento a la vez y haremos una explicación económica de cada uno.

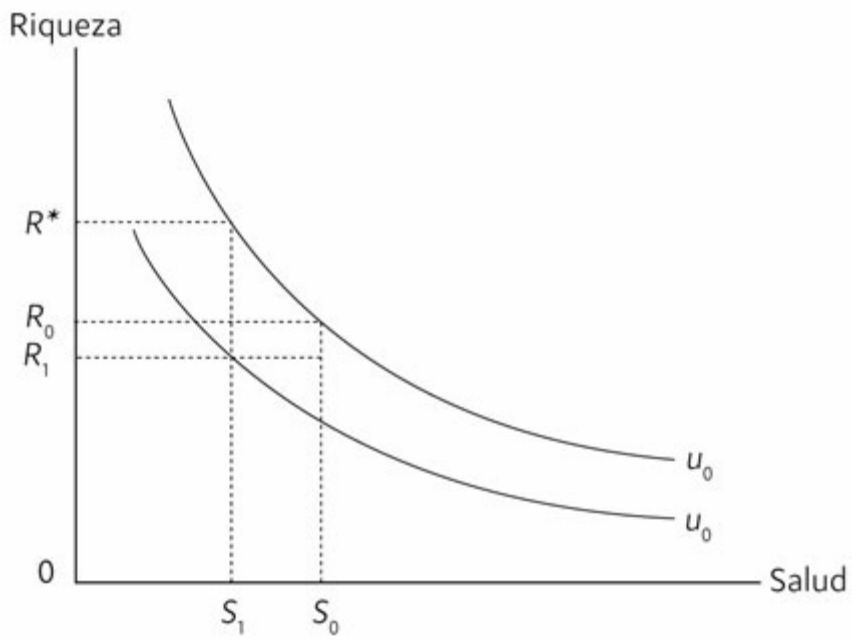
1. *Daño*

El primer elemento requerido para que un demandante demande bajo el ilícito culposo es que haya sufrido un daño. Si no hay daño, no podrá haber ningún juicio por ilícito culposo, aunque el acto fuese peligroso. Por ejemplo, supongamos que el fabricante del ejemplo 3 vendió una dotación de aditivos que eran inocuos para los automóviles dotados de carburadores convencionales, pero que eran peligrosos para los automóviles dotados de carburadores por turbina. El propietario de un automóvil dotado de un carburador convencional podría sentirse indignado cuando se conozcan estos hechos, pero la indignación no es compensable. Su automóvil debió haber sido efectivamente dañado.

El daño tiene una interpretación económica simple: un descenso de la función de utilidad o beneficio de la víctima. Para ilustrar, en la gráfica VI.1 se define la función de utilidad de Carlos en relación con dos bienes: la salud (a lo largo del

eje horizontal) y la riqueza (a lo largo del eje vertical). Una curva de indiferencia en la gráfica, tal como u_0 o u_1, describe todas las combinaciones de salud y riqueza que otorgan a Carlos el mismo nivel de satisfacción. Las curvas de indiferencia más altas indican mayor satisfacción. Por lo tanto, toda combinación de salud y riqueza que se encuentre por encima de u_0 es más deseable para Carlos que cualquier combinación que se encuentre por debajo de u_0. La forma de las curvas de indiferencia de Carlos indica que está dispuesto a prescindir de un bien para obtener más del otro y mantener su bienestar total. Por ejemplo, a medida que Carlos desciende por u_0, su riqueza disminuye a una tasa que compensa exactamente el aumento de su salud. De igual modo, a medida que Carlos asciende por u_1, su salud empeora a una tasa que compensa exactamente el aumento de su riqueza.

GRÁFICA VI.1. *Se muestra el daño como el desplazamiento de una curva de indiferencia más alta a una curva de indiferencia más baja y las medidas de la compensación*



Supongamos que Carlos tiene inicialmente la cantidad S_0 de salud y la cantidad R_0 de riqueza, lo que genera la utilidad $u_0 = u(S_0, R_0)$. Supongamos ahora que Amanda lesiona a Carlos, haciendo que su salud baje a S_1 y su riqueza baje a R_1. Carlos ha sido dañado porque Amanda lo ha empujado hacia abajo, de u_0 a u_1. La compensación perfecta exige que Amanda restablezca la satisfacción de Carlos al nivel u_0. El pago de los daños monetarios constituye el medio tradicional para lograr esto. Supongamos que un costoso tratamiento médico puede restablecer la salud de Carlos. Por lo general, tales daños constituirían una

suma igual a $(R_0 - R_1)$ para compensar la riqueza perdida y una suma igual al costo de la provisión de $(S_0 - S_1)$ unidades de salud. Esto restablecería a Carlos a su posición original antes de que se le causara el daño.

Supongamos, sin embargo, que el accidente causó un daño irreparable a la salud de Carlos, de modo que se queda atorado en S_1 para siempre. No obstante, Amanda podría restablecer su nivel de satisfacción anterior al accidente incrementando su riqueza, no a su nivel de R_0 anterior al accidente, sino al nivel de R^*. En virtud de que Carlos intercambia riqueza y salud, Amanda puede darle el equivalente monetario de su irreparable declinación de salud.

La gráfica VI.1 ilustra el ideal de la compensación perfecta. En realidad, el derecho de los ilícitos culposos limita los daños por los que las víctimas pueden recibir compensaciones de sus victimarios. Tradicionalmente, los tribunales estaban dispuestos a compensar las pérdidas tangibles que son fáciles de probar, tales como los costos médicos, el ingreso perdido, los costos de reposición o reparación de la propiedad dañada, etc. En cambio, los tribunales se resistían tradicionalmente a compensar las pérdidas intangibles o las que son difíciles de medir, como el daño emocional, la aflicción, la pérdida de compañía y el "dolor y sufrimiento". A lo largo de los años, sin embargo, los tribunales estadunidenses han expandido la lista de los daños compensables para incluir muchos intangibles. Ilustrando con el ejemplo 1, Flores podría recibir una compensación por la alteración emocional de verse avergonzado y golpeado por Pérez. Otros países han expandido también el alcance de los daños compensables, pero no tanto como los Estados Unidos.

La expansión del alcance del daño compensable tiene ventajas y desventajas. Por una parte, esta expansión permite la compensación de daños reales que habrían quedado sin ninguna sanción, como lo ilustra el siguiente ejemplo histórico. Supongamos que un automovilista mata accidentalmente a uno de los niños dependientes de una familia muy unida. La muerte del niño no implica ninguna pérdida de ingreso para el resto de la familia; por el contrario, la muerte ahorra a la familia el gasto de la crianza del niño. Este hecho planteaba antes un problema difícil a los tribunales, que deseaban confinar los daños compensables a las pérdidas económicas que sean medibles, pero tales pérdidas no derivan de la muerte de los hijos dependientes. Para que los miembros de la familia supervivientes recuperaran los daños, los tribunales tendrían que permitir la compensación de la aflicción emocional y la pérdida de compañía.[1]

La expansión del alcance de los daños compensables crea también un problema molesto: ¿cómo asignará el tribunal un valor en dólares a las pérdidas intangibles (pero reales)? Como vimos antes, la compensación perfecta significa una suma de dinero suficiente para que la víctima de un perjuicio se encuentre igualmente bien con el dinero y el perjuicio que sin el dinero y con el perjuicio. La compensación perfecta es la meta correcta para los tribunales que tratan de

internalizar los costos, pero el logro de esa meta resulta difícil para los daños intangibles pero reales. La ejecución es difícil porque el tribunal no puede observar y medir la valuación subjetiva de la pérdida de compañía que hace el demandante, la aflicción emocional, o el dolor y el sufrimiento. Peor aún: la idea misma de la compensación perfecta a veces fracasa en los tribunales. La compensación por la muerte de un hijo no es la suma de dinero tal que los padres fuesen indiferentes entre la posesión del dinero y la compañía de su hijo.

La confusión sobre los daños intangibles contribuye a la disparidad de la responsabilidad, que se produce cuando el mismo tribunal concede diferentes cantidades de compensación a las víctimas que sufrieron el mismo perjuicio. Del mismo modo, el pago de daños concedidos por el tribunal a las víctimas que sufrieron el mismo perjuicio difieren notablemente entre los distintos países; los estadunidenses pagan mucho más daños que los alemanes y los alemanes pagan más daños que los japoneses. La equidad y la eficiencia parecen requerir la reducción de la disparidad de responsabilidad en cada tribunal y la armonización del pago de daños en todas las jurisdicciones. La economía sugiere cómo reducir la disparidad de responsabilidad mediante la adopción de formas mejor fundadas y más predecibles de calcular el pago de daños para perjuicios inmateriales.

PREGUNTA VI.2

Supongamos que una persona que se quema en un accidente sufre un dolor intenso durante una semana y luego se recupera por completo. ¿Qué significa la "compensación perfecta", en principio, aplicada a las quemaduras? ¿Por qué es de esperarse que la compensación efectiva sea imperfecta?

PREGUNTA VI.3

Describa algunas dificultades de la compensación perfecta por la destrucción por incendio de Blackacre, la herencia de la familia Gascoyne-Stubbs durante 15 generaciones.

2. *Causa*

De acuerdo con la teoría tradicional, el segundo elemento de un ilícito culposo es la "causa". Según la teoría tradicional, para que el demandante actúe el demandado deberá haber causado el daño. Ilustraremos esto modificando el ejemplo 1. Supongamos que justo cuando el puño de Pérez estaba a punto de golpear la nariz de Flores, el piso se hundió bajo los pies de Flores, quien se cayó y se quebró la nariz al golpearse en el suelo. La caída permitió que Flores evitara el puño de Pérez, pero se quebró la nariz de todos modos. En este ejemplo nuevo, hay un ilícito (tirar un golpe) y un daño (una nariz rota), pero el primero no causó el segundo. Sin la causación, el individuo que lanzó un golpe no es responsable del daño en el derecho de los ilícitos culposos.

El elemento de la causación diferencia claramente a los ilícitos culposos de la moral. Para ilustrar, supongamos que, en el ejemplo 2, ambos cazadores fueron

igualmente descuidados cuando dispararon sus rifles contra el faisán. Fue pura casualidad que uno de los cazadores cegara efectivamente a la víctima, mientras que el otro cazador falló. En virtud de que fueron descuidados de la misma manera, ambos se encuentran moralmente en el mismo plano. Pueden ser igualmente culpables, pero no son igualmente responsables. Bajo las reglas tradicionales de la responsabilidad de los ilícitos culposos, sólo el cazador que causó efectivamente el daño es responsable; el cazador que falló no es responsable.

La idea de la causación puede parecer simple —quizá ocurra a nuestra mente la imagen de las bolas de billar que chocan entre sí—, pero esta impresión es engañosa. La causación es un tema filosófico notoriamente difícil, y esa dificultad se traslada al derecho. El derecho distingue dos tipos de causas. La primera y más amplia es la "causa de hecho". Los abogados utilizan a menudo un criterio simple, llamado la "prueba de si no hubiese sido", para decidir si la acción A fue la causa de hecho del suceso B: "Sí no hubiese sido por A, ¿habría ocurrido B?" Sí la respuesta a esta pregunta es "no", entonces A es la causa de hecho de B. En cambio, si la respuesta a esta pregunta es "sí", entonces A no es la causa de hecho de B.

Para ilustrar, apliquemos la prueba de "si no hubiese sido" al ejemplo 3. El propietario de un automóvil no podrá recuperar el daño a menos que el aditivo defectuoso fuera la causa de hecho de que su motor perdiera una varilla. Si no hubiese existido un aditivo defectuoso, ¿habría perdido el automóvil una varilla? Si la respuesta es "no", entonces el aditivo defectuoso es la causa de hecho; en cambio, si la respuesta es "sí", el aditivo defectuoso no es la causa de hecho.

La prueba de "si no hubiese sido" puede determinar la causación en muchos casos legales, pero en algunos casos es inútil o engañosa. A menudo es inútil en los casos que involucran muchas causas del daño. Para ilustrar, cambiemos el ejemplo 1 de nuevo y supongamos que Pérez le lanza un golpe a Flores, quien lo esquiva y pisa un suelo de madera podrida que se rompe y la caída le ocasiona una fractura en la nariz. Si Pérez no hubiese tratado de golpear a Flores, ¿se habría roto la nariz este último? La respuesta depende de que Flores hubiese pisado o no el suelo podrido, aunque no hubiese tenido que esquivar el golpe de Pérez. No está claro que el golpe de Pérez haya causado efectivamente la nariz rota. El golpe podría no haber sido una condición necesaria para que se produjera el daño, a pesar de que era parte de un conjunto suficiente de condiciones.[2]

Son varias las causas que también pueden aumentar la probabilidad de sufrir un daño, como cuando una persona cuyos padres murieron de cáncer de pulmón vive en una casa con revestimiento de asbesto, trabaja en una fábrica de productos químicos cancerígenos y fuma. Los tribunales han tenido dificultades para desarrollar una teoría viable para asignar la responsabilidad cuando los daños probabilísticos realmente se materializan. Un economista podría utilizar

un análisis de regresión para estimar el aumento de la probabilidad de enfermar de cáncer de pulmón a causa de la herencia, el revestimiento de asbesto, productos químicos en el trabajo y el fumar.[3] Todas las variables con coeficientes positivos son causas contribuyentes, y la variable con el mayor coeficiente es la causa más sustancial. Si la persona desarrolla cáncer de pulmón y demanda a alguien, el tribunal puede asignar plena responsabilidad a la causa más sustancial, la atribución de la responsabilidad entre las causas contribuyentes, o no encontrar responsabilidad alguna.

Surge otro problema cuando se aplica la prueba de "si no hubiera sido" a una secuencia de acontecimientos que preceden a un daño: la prueba en cuestión permite que las causas distantes tengan el mismo peso que las causas próximas.[4] Para ilustrar, volvamos al ejemplo 1, en el que el puño de Pérez rompe la nariz de Flores. El puño es la causa efectiva de la nariz rota de Flores, pero lo mismo ocurre con muchas otras cosas. Por ejemplo, si no hubiese nacido, Pérez no habría roto la nariz de Flores; si los padres de José no lo hubiesen concebido, José no habría nacido; por lo tanto, los padres de José son una causa efectiva de la nariz rota de Flores. La prueba de "si no hubiera sido" no discrimina entre la causa próxima (el puño de José) y la causa remota (la concepción de José).

El acto del demandado no sólo debe ser una causa de hecho; debe ser la causa próxima del daño sufrido por el demandante para establecer la responsabilidad legal según la teoría tradicional. La proximidad es una cuestión de grado, de modo que se plantea este interrogante: "¿Cuán estrecha debe ser la conexión para que una causa particular sea 'próxima' en el derecho?" Uno de los casos más famosos que se ocupan de este problema es el de Palsgraf vs. Long Island Railway Co. (248 N.Y. 399, 162 N.E. 99 [1928]). Los hechos relevantes, en opinión del tribunal, eran éstos:

> El demandante [la señora Palsgraf] estaba parado en una plataforma del ferrocarril del demandado después de haber comprado un boleto para ir a Rockaway Beach. Se detuvo en la estación un tren que iba a otro lugar. Dos hombres corrieron para alcanzarlo. Uno de ellos llegó a la plataforma del carro sin problemas, aunque el tren ya estaba en movimiento. El otro hombre, que llevaba un paquete, brincó al interior del carro, pero parecía a punto de caerse. Un guardia del carro, que había mantenido abierta la puerta, se inclinó para ayudarlo, y otro guardia que estaba en la plataforma lo empujaba por detrás. En estas circunstancias, el paquete se desató y cayó sobre las vías. Era un paquete pequeño, de unos 40 centímetros de largo, y estaba cubierto por un periódico. En efecto, contenía cohetes, pero nada de su apariencia indicaba su contenido. Los cohetes estallaron al caer el paquete. El choque de la explosión derribó algunas escaleras portátiles que se encontraban en el otro extremo de la plataforma a varios metros de distancia. Las escaleras golpearon al demandante, causándole lesiones por las cuales demandó.

El tribunal de Nueva York determinó que el ferrocarril no era responsable de las lesiones de la señora Palsgraf porque las acciones del guardia del ferrocarril que empujó al pasajero eran demasiado remotas en la cadena de causas para considerarlas la causa legal del daño sufrido por el demandante.[5] Como lo ilustra este caso, la "proximidad" es imprecisa en el derecho, aunque a veces es decisiva para la responsabilidad.

Un filósofo famoso, Bertrand Russell, sostenía que la ciencia avanza al remplazar el concepto impreciso de "causa" por el concepto matemático preciso de una "función".[6] La idea de la causa en el derecho de los ilícitos culposos se conecta con las funciones de los modelos económicos. En los modelos económicos, se describen las preferencias del consumidor por una función de utilidad, mientras que la tecnología del productor se describe por una función de producción. Los valores de las variables de la función de utilidad determinan el nivel de la utilidad del consumidor, y los valores de las variables de la función de producción determinan el nivel de la producción. El consumidor escoge los valores de las variables que controla en la función de utilidad para maximizarla, mientras que el productor escoge los valores de las variables que controla en la función de producción para maximizar sus beneficios. Una persona daña a otra cuando las variables que controla reducen la utilidad o la producción de otra persona. Por ejemplo, la Long Island Railway Company controlaba variables que afectaban su producción y también la utilidad de la señora Palsgraf. La representación funcional de la causa en el derecho de los ilícitos culposos es una variable controlada por una persona que aparece en la función de utilidad o de producción de otra persona.

Por ejemplo, supongamos que Amanda fuma, lo que indicamos por la función $u_A = u_A(F,\ldots)$, donde u_A denota la utilidad de Amanda, F denota la cantidad que fuma Amanda y "..." indica todas las demás variables que afectan la utilidad de Amanda. La utilidad de Carlos depende de su salud y su riqueza, lo que escribimos $u_C = u_C(S, R)$. Supongamos que la salud de Carlos es una función decreciente de la cantidad que fuma Amanda: $S = S(F)$. La función de utilidad de Amanda, $u_A = u_A(F)$, y la función de utilidad de Carlos, $u_C = u_C\ (S(F),R)$, contienen la variable F. La variable F que Amanda controla directamente afecta la utilidad de Carlos. (Complicando más aún las funciones precedentes, podríamos representar una relación probabilística entre la cantidad que fuma Amanda y la salud de Carlos.)[7]

Cuando la misma variable aparece en las funciones de utilidad o de producción de personas diferentes, las funciones son "interdependientes". Las funciones de utilidad o de producción interdependientes constituyen una externalidad cuando ciertos obstáculos impiden que las partes negocien entre sí y lleguen a un acuerdo para fijar la variable interdependiente al nivel eficiente. En el derecho de los ilícitos culposos, por lo general la "causa" involucra una externalidad creada

por las funciones de utilidad o de producción interdependientes.

PREGUNTA VI.4

Supongamos que un automóvil se detiene en las vías del ferrocarril porque su carburador está en malas condiciones. Un tren choca con el automóvil porque los frenos del tren están en malas condiciones. ¿Cuál es la causa próxima del accidente? ¿Quién tenía la "última oportunidad clara" de evitar el accidente? (En el capítulo II se analiza en una nota la doctrina de la última oportunidad clara.)

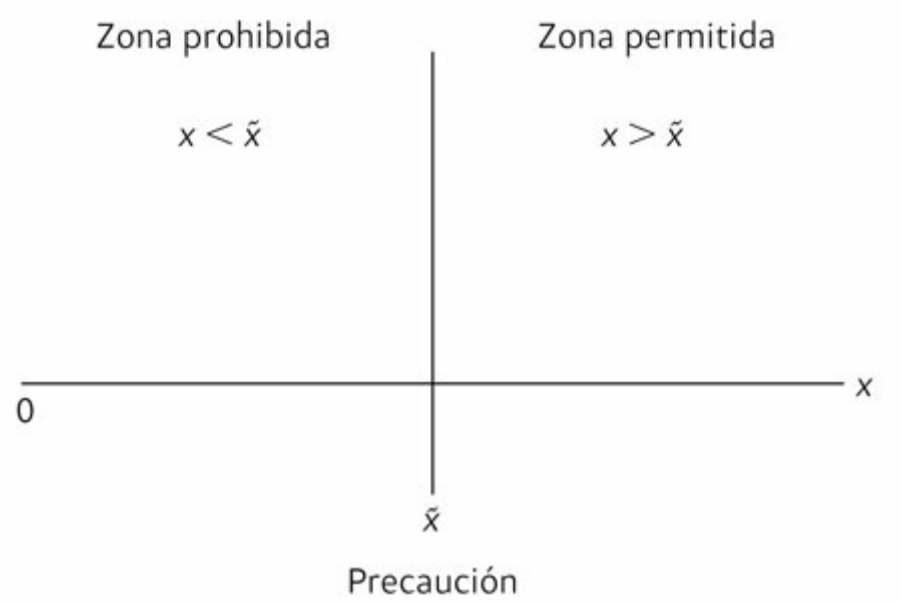
3. *Incumplimiento de una obligación*

En algunas circunstancias, los dos primeros elementos que acabamos de identificar —el daño y la causa próxima— bastan para establecer la responsabilidad del demandado en un ilícito culposo. Una regla de la responsabilidad basada en el daño y la causación es una "responsabilidad estricta". Por ejemplo, una compañía constructora que utiliza dinamita para quitar las rocas de un camino será responsable, en el derecho común, de cualquier daño causado por las explosiones. En general, el derecho común aplica una regla de responsabilidad estricta de las "actividades anormalmente peligrosas" como las explosiones de dinamita.[8]

Sin embargo, en el caso habitual la víctima debe demostrar algo más que el daño y la causa para que el demandado le pague los daños. Además de estos dos elementos, por lo general el demandante debe demostrar que el demandado incumplió una obligación que tenía con el demandante, y que el incumplimiento causó daños al demandante. En el ejemplo 1, José Pérez incumplió una obligación de no golpear a Flores. Cuando un victimario incumple una obligación legal, decimos que ha incurrido "en una falta", o que ha sido "negligente". Por ejemplo, uno de los cazadores del ejemplo 2, o ambos, incurrieron en una falta al manejar un rifle porque uno, o ambos, incumplieron la responsabilidad de obrar con cuidado hacia la víctima.

Una regla de responsabilidad que obligue al demandante a probar el daño, la causación y la falta es una regla de "negligencia". Al revés de lo que ocurre con una regla de responsabilidad estricta, una regla de negligencia permite la defensa cuando el demandado es la causa próxima de los daños del demandante. Según la regla de negligencia, el demandado no será responsable si cumplió con la norma aplicable de cuidado para evitar el daño que causó.

GRÁFICA VI.2. *Norma legal del cuidado para la precaución continua*



Queremos elaborar una representación económica de la falta. Algunas faltas son binarias (esto o lo otro, sí o no, prendido o apagado). Por ejemplo, un pasajero se pone el cinturón de seguridad o no se lo pone, una alberca tiene un salvavidas o no lo tiene. Sin embargo, la norma legal del cuidado se aplica a veces a una variable continua. Por ejemplo, un automóvil puede cambiar de velocidad continuamente, y el fiduciario puede variar continuamente la proporción de la cartera del fideicomiso que se invierte en bonos gubernamentales (una inversión muy segura). Los economistas prefieren a menudo elaborar una teoría con el uso de variables continuas. En consecuencia, denotamos la precaución por la variable continua x, de modo que los valores más grandes de x corresponden a mayores niveles de precaución. Por lo general, el demandante de un juicio de ilícito culposo debe demostrar que el demandado incumplió una obligación que debía a un demandante. Una obligación de obrar con cuidado es una norma legal que prescribe el nivel mínimo de la precaución aceptable. En la gráfica VI.2, $\tilde{x}$ denota la norma legal. La precaución por debajo de $\tilde{x}$ viola la obligación de obrar con cuidado, y la precaución igual a $\tilde{x}$ o por encima de ese nivel satisface la obligación de obrar con cuidado. La precaución $\tilde{x}$ parte la línea de la gráfica VI.2 y crea dos zonas: una zona permitida y una zona prohibida. Por lo tanto, $x > \tilde{x}$ implica que el actor está en falta, mientras que $x > \tilde{x}$ implica que el actor no está en falta, donde x indica la cantidad efectiva de la precaución tomada por el victimario. Bajo una regla de negligencia, los tomadores de decisiones que toman precauciones tan grandes o mayores que la norma legal no son responsables de los daños accidentales de otra persona. Los que tomen menos precauciones que la norma legal pueden verse obligados a pagar daños compensatorios por los daños accidentales de otra persona.

¿Cómo determina el derecho a la falta? En muchas naciones, el gobierno impone a ciertas actividades regulaciones de seguridad precisas, como los límites de velocidad en las carreteras, mientras que otras obligaciones legales son vagas, como la definición legal de "manejar descuidado". Para actividades tales como el manejo descuidado, el derecho puede recurrir a normas sociales y convenciones comunitarias no escritas, como la "regla del camino". Además, lo que se considera como "manejar descuidado" puede depender de las condiciones climáticas, del número de vehículos en la carretera y de otras particularidades del contexto. Las tradiciones legales difieren en su aplicación de principios generales del cuidado y su lenguaje preferido para expresar tales principios. El derecho común de los países de habla inglesa hace hincapié en la obligación de obrar con un cuidado razonable. Esta norma compara el cuidado efectivo del demandado con el cuidado que habría tenido una persona razonable en las mismas circunstancias. Los códigos civiles de Europa no están atados por el concepto de "lo razonable". (Véase el recuadro en el que lord Herbert se burla de la noción de "persona razonable".) Los abogados continentales se sienten a menudo incómodos con una regla de cuidado razonable, la que parece dar una guía muy escasa a las personas y una discreción excesiva a los jueces. En consecuencia, los códigos civiles con frecuencia buscan una mayor especificidad en la prescripción de las obligaciones. Los abogados civiles (es decir, los abogados de los países del derecho civil) invocan a veces principios amplios, como el "abuso del derecho" (por ejemplo, un propietario ejerce sus derechos de propiedad en una forma que daña a otros), el "paterfamilias" (una persona obligada a tratar a otra como el padre trata a la familia), o el de la "racionalidad" (la elección de medios eficaces para fines legales). Como veremos más adelante, el análisis económico revela ciertas semejanzas del comportamiento que se encuentran detrás de estas diferencias del lenguaje y las tradiciones legales.

Hemos utilizado la gráfica VI.2 para explicar el significado de la "negligencia". Según esa regla de la responsabilidad, la prueba de la negligencia es una condición necesaria para la responsabilidad. En cambio, según una regla de responsabilidad estricta, la prueba de la causación es una condición necesaria para la responsabilidad, pero no es necesaria la prueba de la negligencia. Algunos investigadores detectan un patrón de movimiento entre estas dos reglas a través de la historia del derecho de la responsabilidad. (Véase la cita del profesor Adams que aparece al principio de este capítulo.) La responsabilidad estricta era la regla habitual entre los clanes de tribus que no tenían un Estado. De igual modo, la responsabilidad estricta era la regla habitual en gran parte de Europa antes del siglo XIX, pero —de acuerdo con estos historiadores— la negligencia se convirtió en la regla habitual para principios del siglo XX. Así pues, el requisito de la falta como una condición de la responsabilidad triunfó recientemente. Sin embargo, la regla de la responsabilidad estricta disfrutó un renacimiento en la segunda mitad del siglo XX, especialmente en lo tocante a la responsabilidad de los fabricantes

ante los consumidores estadunidenses. Los fabricantes de los Estados Unidos son ahora responsables de los daños causados por sus productos defectuosos, independientemente de que hayan incurrido o no en una falta. (Véase la cita del juez Traynor al principio de este capítulo.) En el ejemplo 3, el fabricante de un aditivo defectuoso es estrictamente responsable del daño que cause a los motores automotrices.

Alabados sean los hombres razonables

La siguiente parodia famosa de la norma de la persona razonable ha sido tomada de un ensayo titulado "The Reasonable Man", de lord A. P. Herbert:

"El derecho común de Inglaterra se ha construido laboriosamente alrededor de una figura mítica: la figura de 'El hombre razonable'. Es un ideal, una norma, la materialización de todas las cualidades que demandamos del buen ciudadano [...] Es imposible viajar a cualquier parte, o viajar durante largo tiempo por ese bosque confuso de los juicios ilustrados que constituye el derecho común de Inglaterra sin toparnos con el hombre razonable...

"El hombre razonable está siempre pensando en los demás; la prudencia es su guía, y 'la seguridad es primero' es la regla de su vida. Es alguien que mira invariablemente a dónde se dirige y tiene cuidado de examinar el terreno inmediato antes de dar un brinco o un giro; no bobea ni se pierde en la meditación cuando se aproxima a las puertas de las trampas o a la orilla de un muelle; siempre registra en los talones de los cheques cuantos detalles sean convenientes; nunca se sube a un autobús en movimiento; no se baja de un vagón mientras el tren esté en movimiento; investiga exhaustivamente la buena fe de cada mendigo antes de repartir limosnas, y se informará de la historia y los hábitos de un perro antes de acariciarlo; no cree en chismes ni los repite, a menos que tenga una base firme para creer que son ciertos; nunca le pega a la bola antes de que quienes estén enfrente hayan desalojado completamente el hoyo que es su propio objetivo; jamás pide demasiado de su esposa, sus vecinos, sus sirvientes, su buey o su asno; en sus negocios sólo busca ese margen de beneficio pequeño que 12 hombres como él considerarían 'justo', y contempla a sus colegas comerciantes, sus agentes y sus bienes con ese grado de suspicacia y desconfianza que el derecho considera admirable; nunca lanza maldiciones ni juega juegos de azar ni pierde el control; siempre se comporta con moderación, y aun cuando está azotando a su hijo piensa en el punto medio. Es como un monumento en nuestros tribunales, llamando en vano a sus conciudadanos para que ordenen sus vidas de acuerdo con su ejemplo..."

NOTA WEB VI.1

Hay algunas pruebas recientes de una tendencia discernible en contra de la responsabilidad estricta en los productos: lo que los autores han descrito como una "revolución silenciosa" en la responsabilidad de los productos. En nuestro sitio web (y brevemente en el siguiente capítulo) discutimos estas pruebas.

PREGUNTA VI.5

Adapte la gráfica VI.2 a fin de representar la regla de que los vehículos de motor deben respetar un límite de velocidad designado (digamos 90 kilómetros por hora).

PREGUNTA VI.6

Proporcione una explicación económica del hecho de que el dueño de un perro sea responsable del daño que cause por su negligencia, mientras que el dueño de un tigre es estrictamente responsable de cualquier daño que cause.

Conclusión de la sección 1

Los tres elementos de la responsabilidad de los ilícitos culposos encajan claramente en una representación coherente de la vida social. En nuestra vida diaria nos imponemos riesgos unos a otros. La sociedad ha elaborado normas que prescriben formas de comportamiento para limitar estos riesgos. Los individuos causan a veces daños al violar estas normas del comportamiento. El costo del daño debe recaer en alguien. Los tribunales conectan la causa del daño con la violación de la norma y asignan la responsabilidad a la parte que incurre en una falta o simplemente a la parte que causó el daño.

La mayoría de los ilícitos culposos corresponden a esta representación, lo que la vuelve útil como una introducción al tema. Sin embargo, los tribunales se han alejado en la práctica de la teoría tradicional de los ilícitos culposos. Los tribunales modernos encuentran a veces responsabilidad en casos donde falta uno de los tres elementos de un ilícito culposo. Más adelante describiremos algunos de estos distanciamientos de la teoría tradicional, y de este modo trazaremos las fronteras del derecho de la responsabilidad en los Estados Unidos.

PREGUNTA VI.7

Describa los tres elementos de un ilícito culposo en las situaciones siguientes:

a) Dos automovilistas que conducen por calles transversales llegan a una intersección donde hay una señal de alto y chocan.
b) El propietario de Donas Al difunde el falso rumor de que los dueños de Donas Betty se envenenaron con la mermelada de sus donas.
c) La escalera eléctrica de una tienda rompe los pantalones de un cliente.

La filosofía se refiere a los significados, y la ciencia se refiere a las causas. En vez de definir los "ilícitos culposos" por sus elementos esenciales, el análisis económico demuestra los efectos de la responsabilidad. Hemos explicado que, cuando los costos de transacción elevados impiden los acuerdos privados, la responsabilidad de los ilícitos culposos puede inducir a los victimarios a internalizar los costos que imponen a otras personas. Ahora desarrollaremos el modelo más simple de la internalización del costo por el derecho de los ilícitos culposos, utilizando las interpretaciones económicas del daño, la causa y la falta.

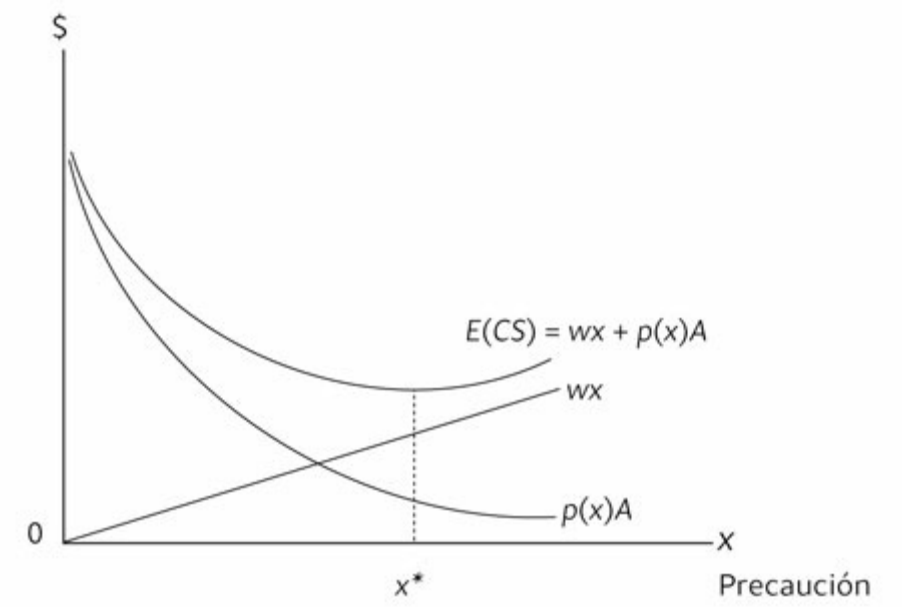
A. *Minimización de los costos sociales de los accidentes*

El modelo económico del derecho de los ilícitos culposos se construye a partir de los elementos más simples: el costo del daño y el costo de evitarlo. Empezaremos con algo de notación y de funciones simples. La probabilidad de un accidente, que denotamos por p, disminuye cuando aumenta la precaución, que denotamos por x. Por lo tanto, $p = p(x)$ es una función decreciente de x. Si ocurre un accidente, causará daños tales como el ingreso perdido, el daño a la propiedad, los costos médicos, etc. Sea que A denote el valor monetario del daño causado por un accidente. A multiplicado por pes igual al daño esperado en dólares ("esperado" en virtud del elemento probabilístico).

Al igual que $p(x)$, el daño esperado $p(x)$Aes una función decreciente de la precaución x.[9] Para representar este hecho, el eje horizontal de la gráfica VI.3 indica la cantidad de la precaución del actor, x, mientras que el eje vertical muestra cantidades de dólares, incluido el monto en dólares del daño esperado $p(x)A$. La curva designada $p(x)A$ en la gráfica VI.3 tiene pendiente negativa, lo que indica que el daño esperado disminuye a medida que aumenta la precaución.

La toma de precauciones implica a menudo la pérdida de dinero, tiempo o comodidad. Suponemos que la precaución cuesta $\$w$ por unidad. A fin de mantener simple el análisis, supondremos que w es constante y no cambia con la cantidad de la precaución x. En consecuencia, wx es igual a la cantidad total gastada en precaución. La gráfica de wx en la gráfica VI.3 es una línea recta que parte del origen, cuya pendiente es igual a w.

GRÁFICA VI.3. *Los costos sociales esperados de los accidentes, mostrados como la suma de los costos de precaución y el costo esperado del daño*



La gráfica VI.3 representa dos clases de costos de accidentes: el costo de la precaución y el costo del daño esperado. En el modelo más simple, suponemos que los accidentes no tienen otros costos sociales. Esta simplificación, que podría parecerle artificial a primera vista, fue el paso crucial del libro clásico de Guido Calabresi, *The Cost of Accidents* (Yale University Press, New Haven y Londres, 1970), que comparó sistemáticamente por primera vez los efectos de incentivo de varias reglas de los ilícitos culposos.

Por lo tanto, podemos sumar los costos de la precaución y del daño esperado para obtener así los costos sociales esperados de los accidentes, que denotamos por CS:

$$CS = wx + p(x)A. \qquad \text{(VI.1)}$$

La curva del costo social esperado en la gráfica VI.3 se obtiene así sumando verticalmente la línea wx y la curva $p(x)A$ a cada nivel de precaución x. El resultado es la curva en forma de U, designada $CS = wx + p(x)A$.

En virtud de que la curva del costo social esperado tiene forma de U, existe un valor de x que corresponde al fondo de la U. Este valor, denotado por x^* en la gráfica VI.3, es el nivel de la precaución que minimiza los costos sociales esperados del accidente. La eficiencia requiere que se minimicen los costos sociales, de modo que x^* es el nivel socialmente eficiente de la precaución, o simplemente el nivel eficiente de la precaución.

Caractericemos x^* en términos matemáticos. El costo de un poco más de precaución (costo marginal) es igual al precio por unidad w. Así, un poco más de precaución reduce el costo esperado del daño (beneficio marginal). Esta

reducción del costo esperado del daño es igual a la reducción de la probabilidad de un accidente, lo que denotamos por p', multiplicada por el costo del daño A.[10] Cuando la precaución es eficiente, el costo de un poco más de precaución (costo marginal) es igual a la reducción resultante en el costo esperado del daño (beneficio marginal). Por lo tanto, el nivel eficiente de la precaución, x^* , puede encontrarse resolviendo la ecuación siguiente:

$$\underset{\text{costo marginal social}}{w} = \underset{\text{beneficio marginal social}}{-p'(x^*)A}. \qquad \text{(VI.2)}$$

(Quienes estén familiarizados con el cálculo podrán obtener la ecuación VI.2 igualando a cero la primera derivada de la ecuación VI.1 respecto de la precaución.) Esta ecuación resuelve el problema, "elegir cuidadosamente para minimizar el costo de los accidentes y evitarlos".

Si la precaución es menor que la cantidad eficiente, el costo marginal social de la precaución será menor que el beneficio social marginal: $(x < x^*) \rightarrow (x < -p'[x^*]A)$. Cuando el costo marginal social de la precaución es menor que el beneficio marginal social, la eficiencia requiere que se tomen más precauciones. En estas circunstancias, decimos que se justifica el costo de la mayor precaución. De igual modo, si la precaución excede la cantidad eficíente, el costo marginal social de la precaución excederá el beneficio marginal social: $(x < x^*) \rightarrow (w < -p'[x^*]A)$. En estas circunstancias, la eficiencia requiere que se tomen menos precauciones.

La gráfica VI.3 describe los efectos de la precaución sobre los costos sociales. No hemos dicho de quién es la precaución que se describe en la gráfica VI.3. A veces el victimario potencial puede tomar precauciones, mientras que la víctima potencial no puede hacerlo, como ocurre cuando un cirujano opera a una persona inconsciente. A veces el victimario y la víctima pueden tomar precauciones, como ocurre cuando el fabricante asegura la pureza de un fármaco y el consumidor toma la dosis recomendada. La gráfica VI.3 puede tomarse como representativa de la relación existente entre los costos sociales y las precauciones de la víctima o del victimario. Recuérdese que la precaución se refiere a cualquier comportamiento que reduzca la probabilidad o la magnitud de un accidente. El cuadro VI.1 contiene algunos ejemplos que sugieren la gama de posibilidades.

B. *Incentivos para la precaución según la responsabilidad estricta y según la ausencia de responsabilidad*

Habiendo caracterizado el nivel eficiente de la precaución, consideremos ahora los incentivos necesarios para obtenerlo. En el modelo simple, los incentivos para la precaución dependen de quién tome precauciones contra los accidentes, y de la manera en que asigne la ley los costos del daño. Para crear los incentivos

eficientes, el derecho debería alinear los beneficios privados y los costos de los actores con los beneficios y los costos sociales. Contrastaremos los efectos de incentivo de varias reglas legales diferentes para la asignación de los costos del daño.

CUADRO VI.1. *Ejemplos de accidentes y precaución*

Accidente	*Precaución del victimario*	*Precaución de la víctima*
Un alambrado eléctrico defectuoso causa que una casa se incendie	Fabricar el alambrado con mayor cuidado	Colocar protección contra incendios
Un automóvil en movimiento golpea a un automóvil estacionado	Conducir con mayor cuidado	Estacionar el automóvil en un espacio más seguro
Un automóvil golpea a un peatón	Conducir con mayor cuidado	Caminar con mayor cuidado
El programa de cómputo falla	Un diseño mejor del programa	Respaldar los datos que corren peligro
Explota una botella de Coca	Mejorar el control de calidad del embotellador	Manejar las botellas con cuidado
Una medicina tiene efectos secundarios	Mejorar las advertencias de las medicinas	Estudiar las advertencias de las medicinas

Primero consideremos el caso en el que no hay responsabilidad por las lesiones accidentales. Consideremos en primer término las decisiones de la víctima y denotemos su precaución por x_v.[11] La víctima escoge la precaución, lo que indicaremos colocando el subíndice v a x y w. La víctima paga el costo w_v por x_v unidades de precaución. Consideremos ahora el costo del daño A, que sufre la víctima. En virtud de que no hay responsabilidad, la víctima asume el daño esperado $p(x_v)A$. Los costos totales que la víctima espera asumir son iguales al costo de la precaución más el costo esperado del daño: $w_v\, x_v + p(x_v)A$. La víctima tiene un incentivo para minimizar los costos que asume. En consecuencia, la víctima escoge x_v para minimizar $w_v\, x_v + p(x_v)\mathrm{A}$. El mínimo ocurre en el nivel de precaución, denotado $x_v{}^*$, donde el costo marginal de la precaución de la víctima es igual a la reducción resultante en el costo esperado del daño:

$$\underbrace{w_v}_{\text{costo marginal de la víctima}} = \underbrace{-p'(x_v{}^*)A}_{\text{beneficio marginal de la víctima}}. \qquad \text{(VI.2}')$$

La ecuación VI.2′ corresponde a la condición de eficiencia dada por la ecuación VI.2. Hemos demostrado así que *la regla de la ausencia de responsabilidad hace*

que la víctima internalice los costos y los beneficios marginales de la precaución, lo que da a la víctima incentivos para la precaución eficiente. (Consideraremos más adelante el efecto de incentivo para los victimarios.)

Repetiremos ahora el análisis con una regla legal diferente. Consideremos los incentivos de la víctima para tomar precauciones cuando el victimario es estrictamente responsable. Como antes, la víctima asume el costo de la precaución $w_v\ x_v$, y también el costo esperado del daño, $p(x_v)$A. Además, la víctima recibe el pago de daños, D, cuando ocurre un accidente. Así pues, los costos netos totales que la víctima espera asumir según la regla de la responsabilidad estricta son:

$$w_v\, x_v + p(x_v)A - p(x_v)D.$$

Además, supongamos que los daños compensan a la víctima a la perfección: $D = A$. (Aunque poco realista, el supuesto de la compensación perfecta es muy útil analíticamente.) Con los daños perfectamente compensatorios, los costos netos totales se reducen a los costos de precaución: $w_v\ x_v$. La víctima tiene un incentivo para minimizar los costos que asume. En consecuencia, la víctima escoge x_v para minimizar $w_v\ x_v$. En virtud de que x_v no puede bajar de cero, ocurre el mínimo cuando la precaución es cero: $x_v = 0$. Por lo tanto, hemos demostrado que la regla de la responsabilidad estricta con pago perfecto de los daños compensatorios no otorga a la víctima ningún incentivo para tomar precauciones.

Esta conclusión tiene una explicación simple. Con una regla de responsabilidad estricta y compensación perfecta, la víctima se siente indiferente entre un accidente con compensación y la ausencia de accidente. La víctima paga el costo de su propia precaución y no gana nada reduciendo la probabilidad o la gravedad de los accidentes. En otras palabras, la víctima internaliza los costos de la precaución y externaliza los beneficios. Por lo tanto, la víctima tiene un incentivo para no tomar ninguna precaución.

Hemos analizado los efectos de la regla de la ausencia de responsabilidad y la regla de la responsabilidad estricta sobre los incentivos de la víctima para tomar precauciones. La primera regla otorga incentivos para la precaución eficiente por parte de la víctima, y la segunda no otorga a la víctima ningún incentivo para tomar precauciones.[12] Consideremos ahora el efecto de estas dos reglas sobre los incentivos del victimario para tomar precauciones. Denotamos por x_i el monto de la precaución que toma el victimario. El victimario paga el costo w_i por x_i unidades de precaución. Sin embargo, el daño A es asumido por la víctima. A menos que la ley reasigne el costo del daño, el victimario lo externalizará.

Supongamos que la regla de la ley es de responsabilidad estricta con compensación perfecta. Así, siempre que ocurre un accidente, el victimario

deberá pagar daños iguales al costo del daño: $D = A$. La responsabilidad esperada del victimario es igual a la probabilidad de un accidente multiplicada por el daño causado por tal accidente: $p(x_i)A$. Los costos totales que el victimario espera asumir según la regla de la responsabilidad estricta con compensación perfecta son iguales a $w_i\, x_i + p(x_i)A$. El victimario tiene un incentivo para minimizar los costos que asume. En consecuencia, el victimario escoge x_i para minimizar $w_i x_i$, $+ p(x_i)$A. El mínimo ocurre en el nivel de la precaución, denotado por x^{i*}, donde el costo marginal de la precaución del victimario es igual a la reducción resultante en el costo esperado del daño:

$$\underset{\text{(costo marginal del victimario)}}{w_i} = \underset{\text{(beneficio marginal del victimario)}}{-p'(x_i^*)A}. \qquad \text{(VI.2")}$$

La ecuación VI.2" corresponde a la condición de eficiencia dada por la ecuación VI.2. Por lo tanto, hemos demostrado que la regla de la responsabilidad estricta con compensación perfecta hace que el victimario internalice los costos y los beneficios marginales de la precaución, lo que le da incentivos para la precaución eficiente.

Por último, consideremos el efecto de la regla de la ausencia de responsabilidad sobre los incentivos del victimario para tomar precauciones. Supongamos que el victimario escoge la precaución x_i, de modo que asume el costo de la precaución $w_i x_i$. Sin embargo, es la víctima quien sufre el daño Ay, conforme a la regla de la ausencia de responsabilidad, A sigue afectando a la víctima y el victimario no paga daños: $D = 0$. Los costos totales pagados por el victimario son así iguales a $w_i x_i$. El victimario tiene un incentivo para minimizar los costos que asume. En consecuencia, el victimario escoge x_i para minimizar $w_i x_i$ En virtud de que x_i no puede ser menor que cero, el mínimo ocurre cuando la precaución es cero: $x_i = 0$. Así, hemos demostrado que *la regla de la ausencia de responsabilidad no otorga al victimario ningún incentivo para tomar precauciones*. Esta conclusión tiene una explicación simple: si no tiene responsabilidad, el victimario se siente indiferente entre un accidente y la ausencia de accidente. Por lo tanto, el victimario internaliza los costos de la precaución y externaliza los beneficios.

En el cuadro VI.2 resumimos estas conclusiones acerca de los incentivos de otras reglas de ilícitos culposos. Concentrémonos por ahora en las primeras dos filas y las primeras dos columnas del cuadro VI.2, el cual resume nuestras conclusiones sobre las reglas de la ausencia de responsabilidad y la responsabilidad estricta. Adviértase la simetría de las filas: los incentivos de la víctima para tomar precauciones con cualquiera de las reglas son los mismos que los incentivos del victimario para tomar precauciones según la otra regla. El cuadro sugiere cómo podría la ley crear incentivos para la precaución eficiente. Si

sólo la víctima puede tomar precauciones, una regla de ausencia de responsabilidad proveerá incentivos para la precaución eficiente. Si sólo el victimario puede tomar precauciones, una regla de responsabilidad estricta con compensación perfecta provee incentivos para la precaución eficiente.

CUADRO VI.2. *Eficiencia de los incentivos creados por las reglas de la responsabilidad**

"Sí" indica incentivos eficientes. "No" indica incentivos ineficientes. "Cero" indica ausencia de incentivos.

	Precaución		*Nivel de actividad*	
Regla legal	*Víctima*	*Victimario*	*Víctima*	*Victimario*
Ausencia de responsabilidad	sí	cero	sí	no
Responsabilidad estricta	cero	sí	no	sí
Negligencia simple	sí	sí	sí	no
Negligencia + negligencia contributiva	sí	sí	sí	no
Responsabilidad estricta + negligencia contributiva	sí	sí	no	sí
Negligencia comparativa	sí	sí	sí	no

* Suponiendo compensación perfecta y normas legales iguales a la precaución eficiente.

C. *Precaución bilateral*

Hemos explicado que una regla de ausencia de responsabilidad hace que la víctima internalice el costo del daño y que el victimario lo externalice. En consecuencia, la víctima tiene incentivos eficientes y el victimario tiene incentivos ineficientes. En cambio, una regla de responsabilidad estricta con compensación perfecta hace que el victimario internalice el costo del daño y que la víctima lo externalice. En consecuencia, el victimario tiene incentivos eficientes y la víctima tiene incentivos ineficientes. Hemos llegado a un dilema: *Ni la regla de la responsabilidad estricta ni la de la ausencia de responsabilidad crean incentivos para que ambas partes tomen la precaución eficiente.*

Replantearemos esta tesis en términos técnicos. La precaución unilateral describe las circunstancias en las que sólo una de las partes en un accidente puede tomar precauciones contra él.

La precaución bilateral describe circunstancias en las que tanto la víctima como el victimario pueden tomar precauciones, y la eficiencia requiere que ambos las tomen. (A la precaución bilateral también se le llama "protección

conjunta".)

Bajo este supuesto, la función del costo social tiene la forma:

$$CS = w_v x_v + w_i x_i + p(x_v, x_i)A.$$

Según la responsabilidad estricta, el victimario escoge x_i para minimizar *CS*, pero la víctima no escoge x_v para minimizar CS. Bajo la ausencia de responsabilidad, es todo lo contrario. *Según la precaución bilateral, ni la regla de la responsabilidad estricta ni la regla de la ausencia de responsabilidad crean incentivos para la precaución eficiente de ambas partes.*

No podemos escapar a este dilema dividiendo los costos del daño entre la víctima y el victimario. La división de los costos del daño entre ellos hace que cada uno de ellos externalice una parte de tales costos, de modo que ambos tienen incentivos para una precaución deficiente.[13] Llamamos a este hecho "paradoja de compensación". Solucionaremos esta paradoja al final de la sección E.

PREGUNTA VI.8

Supongamos que usted estaciona su automóvil en el lugar legalmente permitido de una esquina, y un conductor que da vuelta en la esquina a gran velocidad golpea su automóvil con la defensa de su camión, de modo que se daña su automóvil pero no el camión. Una regla de ausencia de responsabilidad otorga al conductor del camión los mismos incentivos para evitar tales accidentes que los que le otorga a usted para estacionar su automóvil en un lugar seguro según una regla de responsabilidad estricta con compensación perfecta. Explique por qué.

PREGUNTA VI.9

Explique por qué el problema de los incentivos de la pregunta anterior no puede resolverse mediante una regla de responsabilidad estricta con compensación imperfecta (digamos que la compensación efectiva es igual a 50% de la compensación perfecta).

D. *Incentivos para la precaución según una regla de negligencia*

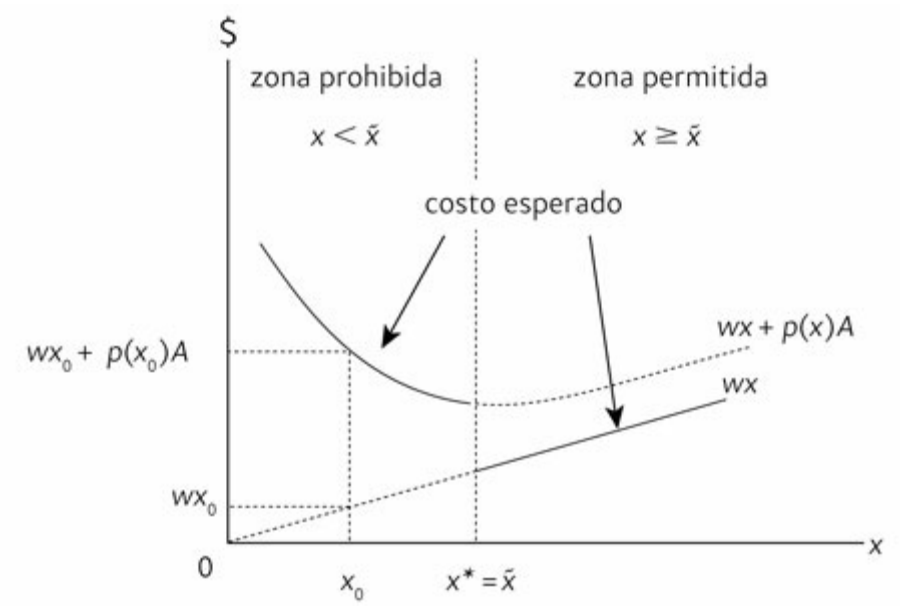
La solución a la paradoja de la compensación se encuentra en una regla de negligencia. Demostraremos ahora que una regla de negligencia puede dar incentivos eficientes a la víctima y al victimario. Una regla de negligencia impone una norma legal del cuidado con el que los actores deben cumplir a fin de evitar la responsabilidad. Supusimos antes que los tribunales aplican una norma clara que requiere una cantidad fija de precaución, y este supuesto nos permitió representar la norma legal, denotada por < img>,como algo que divide la precaución en la zona permitida y la zona prohibida de la gráfica VI.2. Después desarrollaremos un análisis económico de los incentivos para el cuidado utilizando la gráfica VI.3. Ahora combinaremos estas dos ideas en la

representación de una regla de negligencia en la gráfica VI.4.

La norma legal de la gráfica VI.2 se denota por $\tilde{x}$, mientras que x^* denota el nivel eficiente de la precaución en la gráfica VI.3. A fin de combinar las figuras, debemos decir cómo se relaciona $\tilde{x}$ con x^*. El supuesto más simple, que justificaremos más adelante, es que la norma legal iguala el nivel eficiente del cuidado: $\tilde{x} = x^*$. Este supuesto nos permite combinar las dos figuras anteriores como puede apreciarse en la gráfica VI.4. La zona prohibida en la gráfica VI.4 ($x < \tilde{x}$) corresponde a la precaución deficiente en relación con el nivel eficiente ($x < x^*$), y la zona permitida ($x > \geq \tilde{x}$) corresponde a la precaución excesiva en relación con el nivel eficiente ($x > x^*$). La precaución existente en la frontera entre las dos zonas es igual a la precaución eficiente ($x = x^*$).

Consideremos los costos del victimario como una función de su nivel de precaución. En la zona permitida, los victimarios no son responsables, de modo que asumen el costo de su propia precaución $w_i x_i$ pero no asumen el costo del daño de las víctimas. Por lo tanto, los costos del victimario en la zona permitida ($x_i - \tilde{x}$) se indican por la línea recta $w_i x_i$ en la gráfica VI.4. En la zona prohibida, los victimarios son responsables, de modo que asumen el costo de su propia precaución $w_i x_i$ y el daño esperado para la víctima $p(w_i)A$. Por lo tanto, los costos esperados del victimario en la zona prohibida ($x_i < \tilde{x}$) se indican por la curva $w_i x_i + p(x_i)A$ en la gráfica VI.4. Así pues, los costos del victimario con una regla de negligencia se indican en la gráfica VI.4 por una curva suave que brinca hacia abajo en $x = \tilde{x}$ y luego se vuelve una línea recta.[14] El punto más bajo de esta curva ocurre cuando la precaución del victimario se iguala a la norma legal: $x = \tilde{x}$. El victimario tiene un incentivo para fijar la precaución a este nivel a fin de minimizar sus costos. Hemos demostrado que *una regla de negligencia con compensación perfecta y la norma legal igual al nivel eficiente del cuidado otorga incentivos al victimario para la precaución eficiente.*

GRÁFICA VI.4. *Costos esperados con una discontinuidad en x**



A fin de ilustrar los efectos de incentivo de una regla de negligencia, consideremos cómo encontraría el victimario su nivel de cuidado preferido. Supongamos que el victimario fija su precaución igual a x_0 en la gráfica VI.4, donde la precaución le cuesta $\$wx_0$ y espera pagar $\$p(x_0)A$ en responsabilidades por accidentes. El costo para el victimario de tomar una unidad de precaución más allá de x_0 es menor que el ahorro resultante de la responsabilidad esperada a causa de la menor probabilidad de un accidente. En consecuencia, el victimario racional tomará más precauciones. Continuará tomando más precauciones hasta llegar a x^* , donde la responsabilidad baja a cero. Habiendo llegado a x^*, el victimario no tendrá ningún incentivo para incrementar su precaución. Si la precaución de los victimarios excede de x^*, sólo pagará por su propia precaución, que cuesta w_i por unidad, pero su responsabilidad sigue siendo cero, de modo que no tomará precauciones adicionales más allá de x^*.[15]

Recuérdese que iniciamos esta sección con un dilema: ¿cómo puede una regla de responsabilidad proveer incentivos para la precaución eficiente por parte del victimario y de la víctima? Hemos explicado cómo puede una regla de negligencia proveer incentivos para la precaución eficiente por parte del victimario. Ahora podemos explicar sin dificultad cómo una regla de negligencia puede proveer incentivos para la precaución eficiente por parte de la víctima. Como explicamos antes, un victimario racional toma precauciones al nivel de la norma legal ($x_i > \tilde{x}$) a fin de evitar la responsabilidad por los daños causados por los accidentes. Cuando el victimario no es responsable, la víctima de un accidente no recibe ninguna compensación por el daño accidental. En consecuencia, la víctima responde como si la regla legal fuese la de ausencia de responsabilidad. Ya hemos

demostrado que una regla de ausencia de responsabilidad hace que la víctima internalice los costos y los beneficios marginales de la precaución, lo que otorga incentivos para la precaución eficiente. En general, una regla de negligencia que induzca al victimario a evitar la responsabilidad satisfaciendo la norma legal provee incentivos para la precaución eficiente por parte de la víctima.[16] Nuestras conclusiones acerca de los incentivos creados por una regla de negligencia se resumen en la tercera línea del cuadro VI.2.

PREGUNTA VI.10

Un juego está en equilibrio cuando ningún jugador puede incrementar su ganancia cambiando de estrategia, mientras que los otros jugadores no cambien sus estrategias.[17] Demuestre que el juego de la responsabilidad simple está en equilibrio cuando el victimario y la víctima tienen un cuidado eficiente.

E. *Negligencia contributiva y negligencia comparativa*

La regla de la negligencia tiene varias formas. Hemos venido examinando su forma más simple, la que sostiene que el victimario es responsable de los accidentes que cause si, y sólo si, la precaución se encuentra por debajo de la norma legal, independientemente del nivel de precaución de la víctima. Simbólicamente podemos describir la negligencia simple como sigue:

Negligencia simple:

el victimario tiene culpa, $x_i < x_i^* \rightarrow$ el victimario es responsable; el victimario no tiene culpa, $x_i < x_i^* \rightarrow$ el victimario no es responsable.

En el capítulo III explicamos que, originalmente, el derecho común inglés desarrolló una regla de la negligencia simple y más tarde desarrolló una regla más compleja que permitía una defensa de negligencia contributiva. De acuerdo con la regla de la negligencia con defensa de la negligencia contributiva, el victimario negligente puede evitar la responsabilidad al demostrar que la precaución de la víctima fue insuficiente comparada con la norma legal del cuidado. La defensa de la negligencia contributiva impone una norma legal de cuidado a la víctima. Simbólicamente, podemos representar esta forma de la regla de negligencia como sigue:

Negligencia con una defensa de negligencia contributiva:

el victimario tiene culpa, $x_i < x_i^*$, y la víctima no, $x_v \geq x_i^* \rightarrow$ el victimario es responsable;
el victimario no tiene culpa, $x_i \geq x_i^*$,o la víctima tiene culpa, $x_v < x_i^* \rightarrow$ el victimario no es responsable.

El ejemplo siguiente muestra la diferencia entre la negligencia (simple) y la

negligencia con una defensa de negligencia contributiva. Alguien se tira clavados en una alberca y se golpea la cabeza en el fondo. El herido demanda al propietario de la alberca por no haber colocado avisos preventivos de que la alberca no tenía la profundidad suficiente para tirarse clavados. El propietario admite que no colocó tales avisos, pero afirma también que la víctima fue negligente por tirarse clavados sin verificar la profundidad de la alberca. Si ambas partes son negligentes, el dueño de la alberca es responsable de acuerdo con una regla de negligencia simple, y no es responsable de acuerdo con una regla de negligencia con una defensa de negligencia contributiva.

Sin embargo, estas dos formas de la regla de negligencia han sido desplazadas por una nueva forma de la regla de negligencia para la mayoría de los accidentes en los Estados Unidos. Según las reglas de la negligencia simple o la negligencia con una defensa de negligencia contributiva, una parte es responsable de todos los costos del daño accidental, aunque ambas partes tengan culpa. La nueva forma de la regla de negligencia, llamada "negligencia comparativa", divide el costo del daño entre las partes en proporción a la contribución de su negligencia al accidente. Por ejemplo, si la negligencia de la víctima es 20% responsable de su daño accidental, y la negligencia del victimario es 80% responsable de su daño accidental, podría así la víctima recuperar del victimario 80% de sus pérdidas.

Simbólicamente podemos representar la regla de la negligencia comparativa como sigue:

Negligencia comparativa:

el victimario tiene culpa, $x_i < x_i^*$, y la víctima no, $x_v \geq x_v^*$ → el victimario asume 100%;
el victimario no tiene culpa, $x_i \geq x_i^*$, y la víctima sí, $x_v < x_v^*$ → la víctima asume 100%;
el victimario tiene culpa, $x_i < x_i^*$, y la víctima tiene culpa, $x_v < x_v^*$ → el costo se reparte en proporción a la negligencia.[18]

Hemos analizado las reglas de la negligencia simple, la negligencia con una defensa de negligencia contributiva, y la negligencia comparativa. Existen otras formas de la regla de la negligencia. Por ejemplo, la regla de la responsabilidad estricta con una defensa de negligencia contributiva asigna el costo del daño accidental al victimario, cualquiera que sea su nivel de precaución, a menos que la víctima tenga alguna culpa:

Responsabilidad estricta con una defensa de negligencia contributiva:

la víctima tiene culpa, $x_v < x_v^*$ → el victimario no es responsable;
la víctima no tiene culpa, $x_v \geq x_v^*$ → el victimario es responsable.

Por ejemplo, los productos de consumo a veces están sujetos a la regla de la responsabilidad estricta con una defensa de negligencia contributiva. De acuerdo con esta regla, el fabricante de un producto defectuoso es responsable del daño

que cause a los consumidores que no son negligentes, y no es responsable del daño que cause a los consumidores negligentes.[19]

Hemos caracterizado cuatro formas diferentes de la regla de la negligencia. El análisis económico del derecho demostró un hecho sorprendente acerca del modelo simple de la responsabilidad de los ilícitos culposos:

> Sí suponemos una compensación perfecta y que cada norma legal es igual al nivel del cuidado eficiente, todas las formas de la regla de la negligencia otorgan al victimario y a la víctima incentivos para la precaución eficiente.[20]

No es difícil explicar por qué. Recuérdese que la regla de la negligencia simple provee incentivos para la precaución eficiente de ambas partes: un victimario racional toma una precaución igual a la norma legal para evitar la responsabilidad y, sabiendo esto, la víctima racional internaliza el daño de los accidentes, lo que da incentivos para la precaución eficiente. Podemos generalizar esta prueba a todas las formas de la regla de la negligencia. Supongamos que hay una compensación perfecta y cada norma legal es igual al nivel eficiente de la precaución. Según cada forma de la regla de la negligencia, una de las partes puede evitar el costo del daño satisfaciendo la norma legal. Esta parte tomará una precaución eficiente a fin de evitar el costo del daño. En consecuencia, la otra parte internalizará el costo del daño derivado de los accidentes, lo que crea incentivos para la precaución eficiente. El cuadro VI.2 resume nuestras conclusiones acerca de las reglas de la responsabilidad y los incentivos para la precaución.

Hemos venido analizando la precaución bilateral, la cual definimos como una situación en donde la eficiencia requiere que el victimario y la víctima tomen precauciones. Otra posibilidad es la precaución redundante, que definimos como una situación en la que ambas partes pueden tomar precauciones y la eficiencia requiere que sólo una de ellas lo haga. Por ejemplo, el fabricante y el constructor de casas pueden revisar el alambrado eléctrico en busca de defectos, pero el fabricante puede hacerlo a un costo menor que el del constructor. El análisis precedente de reglas legales alternativas se aplica a la precaución redundante que es continua, como ocurre con el gasto en control de calidad por parte de un fabricante de alambrado eléctrico.

Sin embargo, el análisis precedente de reglas legales alternativas puede fracasar por razones técnicas cuando la precaución redundante es discontinua. Por ejemplo, supongamos que el conductor de un automóvil puede ponerse el cinturón de seguridad con menor esfuerzo del que necesita el fabricante para diseñar un cinturón de seguridad que se coloque automáticamente. Por hipótesis, la eficiencia requiere que el conductor se ponga el cinturón de seguridad y que el fabricante no instale un cinturón de seguridad que se coloque automáticamente. Sin embargo, una regla de negligencia (simple) podría hacer

que los fabricantes instalen cinturones de seguridad que se coloquen automáticamente.[21]

Adviértase que ajustarse el cinturón de seguridad es una elección discontinua (sí-no). En el caso de la precaución discontinua, la eficiencia relativa de reglas diferentes depende de hechos particulares. En general, las variables y las funciones de costos discontinuas producen resultados confusos acerca de los óptimos, mientras que las variables y las funciones de costos continuas producen resultados nítidos. Por lo común, es preferible construir la teoría a partir de resultados nítidos y después manejar como excepciones cualesquiera resultados confusos.

PREGUNTA VI.11

Supongamos que la conducción defectuosa de B causa un accidente que lesiona al conductor *A*. *A* conducía correctamente, pero no tenía puesto el cinturón de seguridad, y este hecho agravó sus lesiones. Discuta la responsabilidad de acuerdo con las reglas de la negligencia simple, la negligencia con una defensa de negligencia contributiva, y la negligencia comparativa.

Hemos venido analizando los accidentes en los que una de las partes, llamada el victimario, lesiona a la otra parte, llamada la víctima. Ambas partes pueden tomar precauciones para disminuir la probabilidad y la magnitud de un accidente. En lenguaje técnico, estos accidentes implican un daño unilateral y una precaución bilateral. Concluimos que todas las formas de la regla de la negligencia pueden proveer incentivos para la precaución eficiente de ambas partes. Sin embargo, en muchos accidentes ambas partes sufren daño, como ocurre cuando dos automóviles chocan. Estos accidentes implican un daño bilateral y una precaución bilateral. ¿Se aplican todavía nuestras conclusiones principales cuando el daño es bilateral?

Con raras excepciones, la ley permite que las partes lesionadas en un accidente se demanden recíprocamente. Por ejemplo, si mi automóvil choca con el suyo, usted puede demandarme por los daños causados a su automóvil, y yo puedo contrademandar por los daños causados a mi automóvil. Tal juicio puede separarse en dos partes y analizarse como si fuesen dos accidentes distintos. Piense en los daños causados a mi automóvil como un accidente en el que yo fui la víctima y usted fue el victimario, y piense en los daños causados a su automóvil como otro accidente en el que yo fui el victimario y usted fue la víctima. Aplicando el análisis desarrollado en este capítulo a cada accidente por separado, a menudo se llega a las mismas conclusiones que las de un análisis más complicado aplicado a ambos accidentes simultáneamente.[22]

PREGUNTA VI.12

¿Aumentaría la eficiencia de una regla de negligencia simple si se impusiera una norma de cuidado a las víctimas? Explique su respuesta haciendo referencia al modelo simple.

En el modelo simple, las reglas de la ausencia de responsabilidad y de la responsabilidad estricta proveen incentivos para la precaución eficiente por parte de la víctima o del victimario, pero no de ambos, mientras que las diversas formas de la regla de la negligencia crean incentivos para la precaución eficiente por parte del victimario y de la víctima. Por lo tanto, el modelo simple provee una razón de política pública para preferir una regla de negligencia siempre que la precaución es bilateral. Pero no provee ninguna razón para preferir una forma de la regla de la negligencia sobre otra. Una complicación del modelo proveerá un argumento de eficiencia para distinguir diversas formas de la regla de la negligencia.

En el modelo simple, el victimario y la víctima escogen el nivel de la precaución. Compliquemos ahora el modelo permitiendo que el victimario y la víctima hagan una elección adicional. La probabilidad de un accidente automovilístico depende del nivel de la precaución al manejar y de la cantidad de la conducción. Si usted maneja 10 000 kilómetros por año, la probabilidad de que lesione a alguien en un accidente es aproximadamente 10 veces mayor de lo que sería si sólo manejara 1 000 kilómetros por año. Compararemos los efectos de incentivo de diferentes reglas de responsabilidad sobre la cantidad de las actividades riesgosas, como el manejo de automóviles, que realizan los individuos.[23]

Primero contrastemos las reglas de la negligencia simple y de la responsabilidad estricta. De acuerdo con una regla de negligencia, un conductor puede evitar la responsabilidad respetando la norma legal del cuidado, independientemente de la cantidad que maneje. Por lo tanto, el conductor puede incrementar 10 veces su manejo, lo que incrementa en 10 veces el riesgo de dañar a otros, sin aumentar su responsabilidad esperada. Según la regla de negligencia, se externaliza el riesgo marginal de dañar a otros al aumentar el manejo.

La estructura de los incentivos es muy diferente según la regla de responsabilidad estricta. Si un conductor es estrictamente responsable del daño causado, internalizará los costos sociales de los accidentes provenientes de cualquier fuente: del nivel de la actividad o de la falta de precaución. La responsabilidad estricta induce al victimario potencial a fijar al nivel eficiente todas las variables que afectan la probabilidad de un accidente. Por lo tanto, la regla de la responsabilidad estricta puede inducir la precaución eficiente y un nivel de actividad eficiente por parte de los conductores.[24]

Podemos generalizar esta conclusión a todas las actividades y todas las reglas de responsabilidad. Algunas reglas de responsabilidad inducen a algunos actores a evitar la responsabilidad satisfaciendo la norma legal del cuidado. A fin de cuentas, sin embargo, alguien debe asumir el costo del daño accidental.

Llamemos a esa persona el asumidor residual del daño. Ilustrando con el modelo simple, la víctima es el asumidor residual del daño según la regla de la negligencia simple, mientras que el victimario es el asumidor residual del daño según la regla de la responsabilidad estricta con una defensa de negligencia contributiva. En general, *el asumidor residual del daño internaliza los beneficios de cualquiera de sus acciones que reduzca la probabilidad o la severidad de los accidentes, incluidos el aumento de la precaución y la reducción de la actividad.*

Podemos usar esta generalización para expandir el cuadro VI.2. Las últimas dos columnas muestran el efecto de diversas reglas de responsabilidad sobre los incentivos para los niveles de actividad de la víctima y del victimario. De acuerdo con cada regla, el asumidor residual del daño tiene incentivos para un nivel de actividad eficiente, mientras que la parte que evite el costo del daño accidental tiene incentivos para un nivel ineficiente de la actividad.

El cuadro VI.2 ofrece una guía útil para que los legisladores escojan entre las reglas de la responsabilidad. Primero consideremos el problema de los incentivos eficientes para la precaución. Si la eficiencia requiere que sólo una de las partes tome precauciones, la "ausencia de responsabilidad" y la "responsabilidad estricta" serían igualmente eficientes que una regla de negligencia. Si la eficiencia requiere la precaución bilateral, la regla de la negligencia proveerá incentivos más eficientes para la precaución que la "ausencia de responsabilidad" y la "responsabilidad estricta". Segundo, consideremos el problema de los incentivos eficientes para el nivel de la actividad. En general, el nivel de actividad de una de las partes afecta los accidentes en mayor medida que el nivel de actividad de la otra parte. La eficiencia requiere que se escoja una regla de responsabilidad tal que la parte cuyo nivel de actividad afecta en mayor medida a los accidentes asuma los costos residuales del daño accidental.

Además de ofrecer una guía útil, el cuadro VI.2 indica algunas limitaciones del derecho de la responsabilidad en la creación de incentivos eficientes. Por ejemplo, las diversas reglas de la responsabilidad pueden proveer incentivos para un nivel de actividad eficiente de cualquiera de las partes, pero no de ambas. En otras palabras, los niveles de la actividad bilateral crean un dilema para los legisladores. En general, los encargados de elaborar las políticas tienen dificultades para alcanzar dos objetivos con una variable de política. A fin de alcanzar dos objetivos, comúnmente se requieren dos controles, así como por lo general se necesitan dos piedras para matar dos pájaros. Por lo tanto, es posible que se necesite una variable de control adicional, fuera del derecho de la responsabilidad para controlar los niveles de actividad. Por ejemplo, el número de los kilómetros recorridos por los conductores puede verse influido por un impuesto a la gasolina o una póliza de seguro cuyas primas aumenten con el número de kilómetros recorridos.

PREGUNTA VI.13

¿Quién es el asumidor residual de los costos del daño de acuerdo con una regla de negligencia comparativa? Explique su respuesta.

PREGUNTA VI.14

En el cuadro VI.2, la ausencia de responsabilidad y la responsabilidad estricta tienen efectos de incentivo opuestos sobre los niveles de la actividad. ¿Por qué?

PREGUNTA VI.15

Para los fines de la teoría de los accidentes, ¿cómo definiría usted el nivel de la actividad de un ferrocarril? ¿De una aerolínea? Para algunas actividades, resulta difícil definir el nivel relevante para la probabilidad de un accidente. ¿Puede definir un nivel de actividad relevante para el dueño para el mantenimiento de los escalones para entrar a una casa? ¿Para la venta de un medicamento por parte de una compañía, sin generar peligrosos efectos secundarios?

G. *Fijación de normas legales: la regla de Hand*

Nuestro análisis de las reglas de la negligencia supone que la norma legal es igual al nivel eficiente de la precaución ($\tilde{x} = x^*$). Ahora queremos explicar cómo pueden los legisladores identificar el nivel eficiente de la precaución al fijar la norma legal. Un juez estadunidense elaboró una regla famosa para resolver este problema en el caso llamado United States vs.Carroll Towing Co.[25]

El caso se refería a la pérdida de un lanchón y su carga en la bahía de Nueva York. Varios lanchones estaban atados por una sola línea de amarre a varios pilares. El remolcador del demandado fue contratado para que sacara de la bahía a uno de los lanchones. A fin de desamarrar al lanchón, la tripulación del remolcador, que no vio a nadie a bordo de ninguno de los lanchones, reajustó las líneas de amarre. El ajuste no se hizo correctamente, de modo que uno de los lanchones se soltó más tarde, chocó con otro barco, y se hundió con su carga. El dueño del lanchón hundido demandó al dueño del remolcador, alegando que sus empleados fueron negligentes al reajustar las líneas de amarre. El dueño del remolcador replicó que el dueño del lanchón también fue negligente porque su agente, llamado un "lanchonero", no se encontraba en el lanchón cuando la tripulación del remolcador trató de ajustar las líneas de amarre. El lanchonero podía haberse asegurado de que las líneas de amarre se ajustaran correctamente. Al decidir el caso, el juez Learned Hand formuló su regla famosa como sigue:

> L. Hand, J. [...] De la revisión precedente se concluye que no existe ninguna regla general para determinar cuándo la ausencia de un lanchonero u otro asistente hará responsable al dueño de un lanchón por los daños causados a otros barcos si se suelta de sus amarras [...] Dado que hay ciertas ocasiones en las que cualquier barco se soltará de sus amarras y se convertirá en una amenaza para los barcos cercanos, la obligación del dueño, como en otras

situaciones similares, de tomar precauciones contra los daños resultantes, es una función de tres variables: 1)la probabilidad de que un barco se suelte; 2)la gravedad del daño resultante en tal caso; 3)la carga de las precauciones adecuadas. Quizá convenga poner de relieve esta noción expresándola en términos algebraicos: si la probabilidad es *P*, el daño *L*y la carga B, la responsabilidad depende de que B sea menor que *L* multiplicada por *P*, es decir, de que B *PL*[...] [El juez Hand aplicó luego la fórmula a los hechos del caso y concluyó que, dado que B < *PL* en este caso, el dueño del lanchón fue negligente al no tener un lanchonero a bordo durante las horas de trabajo diurno.]

La enunciación de esta regla por el juez Hand no aclara si las variables se refieren a valores marginales o valores totales. Si suponemos que Hand era un buen economista que tenía en mente los valores marginales, podríamos traducir su notación a la que utilizamos en el modelo simple de la precaución:

Notación de Hand	*Nuestro nombre*	*Nombre* de Hand	*Nuestro notación*
Carga	Costo marginal de la precaución	*B*	w_i
Responsabilidad	Costo del daño accidental	*L*	*A*
Probabilidad	Probabilidad marginal	*P*	*P'*

Sustituyendo nuestra notación en la fórmula de Hand, obtenemos la regla siguiente:

regla marginal de Hand: $w_i < -p'A \rightarrow$ el victimario es negligente.

La regla marginal de Hand establece que el victimario es negligente si el costo marginal de su precaución es menor que el beneficio marginal resultante. Por lo tanto, el victimario es responsable según la regla de Hand cuando la precaución adicional se justifica por su costo. La precaución adicional se justifica por su costo cuando la precaución es menor que el nivel eficiente ($x < x^*$).

A fin de evadir la responsabilidad según la regla de Hand, el victimario deberá aumentar la precaución hasta que la desigualdad se convierta en una igualdad:

$$\underset{\text{costo marginal social}}{w} = \underset{\text{beneficio marginal social}}{-p'(x^*)A.} \quad \text{(VI.3)}$$

Si la precaución del victimario es eficiente ($x = x^*$), el costo marginal social será igual al beneficio social marginal ($w_i = -p'A$). En este punto, una precaución adicional no se justifica por su costo.

Los tribunales estadunidenses utilizan con frecuencia la regla de Hand para

decidir las disputas de negligencia.[26] La aplicación repetida de la regla de Hand permite que los jueces descubran el nivel eficiente del cuidado. En una serie de casos, los jueces se preguntan si una precaución adicional se justificaba por su costo. Si la respuesta es "sí", el victimario no habrá satisfecho la norma legal y será responsable. Presumiblemente, los victimarios responderán a esta decisión aumentando su nivel de precaución. Finalmente, llegará a los jueces un caso en el que la precaución adicional no se justifica por su costo. Así como un alpinista puede llegar al pico de una montaña lisa, en medio de la niebla, ascendiendo sin cesar, el tribunal puede descubrir el nivel eficiente del cuidado considerando responsables a los demandados por omitir las precauciones justificadas por su costo. En efecto, la regla de Hand sigue el mismo patrón de búsqueda utilizado por algunos programas de computadora para maximizar su función.[27]

Para aplicar la regla de Hand, el que toma decisiones deberá saber si un poco más de precaución cuesta más o cuesta menos que la reducción resultante de los costos esperados de los accidentes. Puede ser difícil el cálculo de los costos esperados de los accidentes, $p(x)A$. Por ejemplo, si aumenta la velocidad de su automóvil, digamos de 40 a 50 kilómetros por hora, ¿aumentará la pérdida media resultante de un accidente en $1 000 000 o en $10 o alguna suma intermedia? El análisis de costo-beneficio exige mucha información de quienquiera que lo utilice, ya se trate de un victimario, un tribunal, una legislatura o un administrador. El derecho de la responsabilidad debería tomar en cuenta quién se encuentra en la mejor posición para obtener información acerca de los accidentes.

La aplicación de la regla de Hand caso por caso es un procedimiento para que los tribunales encuentren una norma legal eficiente. En un juicio, los tribunales escucharán que los testigos expertos dan testimonio sobre las probabilidades relevantes. Si los tribunales pueden obtener información correcta acerca de los accidentes a un costo moderado, este hecho favorecerá a la adjudicación caso por caso. Otro enfoque consiste en redactar regulaciones o estatutos que especifiquen una norma legal que iguale el nivel eficiente de la precaución. Por ejemplo, los policías de caminos podrían calcular la velocidad eficiente para los conductores en una carretera particular, tomando en cuenta el valor del tiempo de los conductores y la reducción de los accidentes derivada de la conducción más lenta. Los funcionarios podrían declarar luego que la velocidad eficiente es el límite legal de velocidad. Los políticos y los burócratas se comportan a veces de este modo. Si una legislatura o un regulador pueden obtener información correcta acerca de los accidentes a un costo moderado y están dispuestos a usarla, este hecho favorecerá a un sistema de ley pública para los accidentes, como la indemnización de los trabajadores por las lesiones sufridas en el trabajo.

Otro enfoque es el del derecho de los ilícitos culposos para aplicar las costumbres sociales o las mejores prácticas de una industria. En este enfoque los legisladores no tratan de equilibrar los costos y los beneficios marginales. Más

bien, los legisladores confían en la comunidad de personas que creó la norma, o en la industria que realiza la práctica, para equilibrar los costos y los beneficios. Por ejemplo, una comunidad residencial tiene normas referentes al mantenimiento de los escalones que conducen a las casas, y la industria contable tiene prácticas referentes a la auditoría cuidadosa. Cuando apliquen estas "normas comunitarias", los tribunales necesitarán una información mucho menor que cuando calculan los costos y los beneficios marginales de la precaución. Sin embargo, antes de aplicar la norma comunitaria, los legisladores deberían determinar si la comunidad equilibra efectivamente los costos y los beneficios. En el capítulo XI volveremos a ocuparnos de esta cuestión, cuando consideremos la evolución de las normas sociales hacia la eficiencia.

Los tribunales estadunidenses se han equivocado persistentemente en la aplicación de la regla de Hand de una manera que afecta considerablemente los resultados. Al aplicar la regla de Hand, el tribunal debe equilibrar la carga del victimario contra el beneficio pleno de la precaución. El beneficio pleno incluye la disminución del riesgo del demandante ("riesgo para otros") y la disminución del riesgo para el demandado ("riesgo propio"). Sorprendentemente, los tribunales han pasado por alto la disminución del riesgo propio y, por lo tanto, fijan la norma a un nivel demasiado bajo. Por ejemplo, supongamos que un ladrón de bancos lesiona al cliente de un banco durante el robo de un banco sin custodia. El cliente demanda al banco alegando que el banco debió tener un guardia para disuadir los robos. Si el tribunal aplica la regla de Hand para determinar si el banco fue negligente, el tribunal deberá comparar el costo de la contratación de un guardia con la disminución esperada del daño; ésta incluye la protección de los clientes para que no sufran daño ("riesgos para otros") y la protección del banco para que no sea robado ("riesgo propio"). El tribunal dejará fuera más de la mitad del beneficio de tener un guardia si no considera la disminución del riesgo del banco.[28]

Como otro ejemplo, supongamos que el tribunal debe determinar si la velocidad a la que un conductor tomó una curva fue irrazonablemente peligrosa. El tribunal debe equilibrar la disminución de la velocidad con el beneficio de la disminución del riesgo de accidentes contra otros y contra el propio conductor. Sin embargo, aplicando la regla de Hand, los tribunales se concentran por lo general en la disminución del riesgo para otros y pierden de vista el valor de la disminución del riesgo para el victimario. Olvidar el riesgo propio hará que el tribunal permita una velocidad mayor que la permitida por la aplicación correcta de la regla de Hand.

La omisión del riesgo propio es un error lógico en la aplicación de la regla de Hand. En lugar de ser lógicos, los individuos a menudo cometen errores predecibles, los cuales debe tener en cuenta el derecho de los ilícitos culposos. Los psicólogos han investigado los sesgos sistemáticos que afectan la percepción. Los sesgos particularmente fuertes afectan la percepción de las probabilidades.

Uno de estos sesgos se refiere a la diferencia entre la previsión y las estimaciones de probabilidad en retrospectiva. Supongamos que en mayo un ciudadano estima que la probabilidad de que un candidato particular gane las elecciones presidenciales en noviembre es igual a 0.5. Cuando llega noviembre, el candidato gana. En diciembre se le pregunta al ciudadano cuál creía que era la probabilidad de que el candidato ganara en mayo y el ciudadano dice que era de 0.7. La estimación en retrospectiva de 0.7 es mayor que la estimación prevista de 0.5. Otro ejemplo del "sesgo en retrospectiva" es el inversionista que observa un aumento en el precio de una acción y cree que dicho aumento fue una "cosa segura". En general, la probabilidad en retrospectiva es mayor que la previsión de la probabilidad para los eventos que se materializan. Al aplicarlo a los accidentes, el sesgo en retrospectiva puede hacer que los tribunales sobreestimen los efectos de las precauciones que no se tomaron en la probabilidad de los accidentes que ocurrieron realmente. Por lo tanto, de acuerdo con la regla de Hand las probabilidades en retrospectiva pueden derivar en responsabilidad en circunstancias en las que las probabilidades previstas derivan en ausencia de responsabilidad. Como resultado, los victimarios pueden sentir que se les trata injustamente: ellos tomaron lo que en ese momento les parecía que había sido el cuidado suficiente, pero más tarde consideraron que habían tenido culpa. Si este resultado es generalizado, es probable que los victimarios potenciales respondan tomando más precauciones de las que realmente consideran necesarias. Hasta ahora no hay evidencia empírica sobre esta cuestión, pero es intrigante.

PREGUNTA VI.16

Supongamos que el lanchón hundido en United States vs.Carroll Towing Co. y su carga valen $100 000. Supongamos que la probabilidad de que el lanchón se suelte si el lanchonero no está presente es igual a 0.001. Si el lanchonero está presente, la probabilidad de que el lanchón se suelte se reduce a la mitad, a 0.0005. El pago al lanchonero para que permanezca en el lanchón costará $25 al dueño del lanchón. Si el dueño del lanchón no incurre en este gasto de $25, ¿será su comportamiento negligente de acuerdo con la regla de Hand?

PREGUNTA VI.17

Los tribunales tienen que elegir entre deferir a las normas comunitarias al establecer una norma de negligencia o al establecer una norma jurídica, independientemente de la norma comunitaria. Una comunidad de propietarios tiene normas para mantener la seguridad de los escalones que conducen hasta el portal de una casa. Del mismo modo, los hospitales y las empresas privadas que recogen la sangre tienen normas para almacenarla de forma segura. Argumente las razones por las que un tribunal podría mostrar más respeto hacia las normas comunitarias para los escalones del portal de manera adecuada, que hacia una norma comunitaria para el almacenamiento de sangre.

H. *Errores*

Hemos explicado que una regla de negligencia puede crear incentivos eficientes para el victimario y la víctima, mientras que la responsabilidad estricta sólo puede crear incentivos eficientes para el victimario. A pesar de esto, durante el siglo XX se expandió el campo de aplicación de las reglas de la responsabilidad estricta, mientras que el campo de aplicación de la negligencia se contrajo, especialmente en lo tocante a los perjuicios causados por los productos de consumo. ¿Cuál es la justificación para este cambio? La respuesta tiene que ver con la información. Probar la causación es mucho más fácil que probar la negligencia. Por ejemplo, es mucho más fácil probar que la explosión de una botella de Coca-Cola lastimó al trabajador de un restaurante, que probar que el fabricante aplicó procedimientos de embotellado negligentes. Si la responsabilidad requiere que la víctima pruebe la negligencia, como ocurre con una regla de negligencia, muchos fabricantes evitarán la responsabilidad y tomarán escasa precaución. En cambio, si la responsabilidad requiere sólo que la víctima pruebe la causación, como ocurre con una regla de responsabilidad estricta, pocos fabricantes evitarán la responsabilidad y la mayoría tomará mucha precaución.

En las disputas de ilícitos culposos, con frecuencia se cometen errores en lo tocante a la extensión del daño, la causa del accidente y la culpa del actor. Tales errores son inevitables en los tribunales y entre los legisladores porque hay una nube de incertidumbre acerca de lo que realmente ocurrió, las partes interesadas, tales como el demandante y el demandado, proveen información sesgada y pocas personas tienen información experta acerca de los riesgos y la precaución. En esta sección explicaremos cómo deberían los legisladores y los tribunales tomar en cuenta su propia falibilidad.

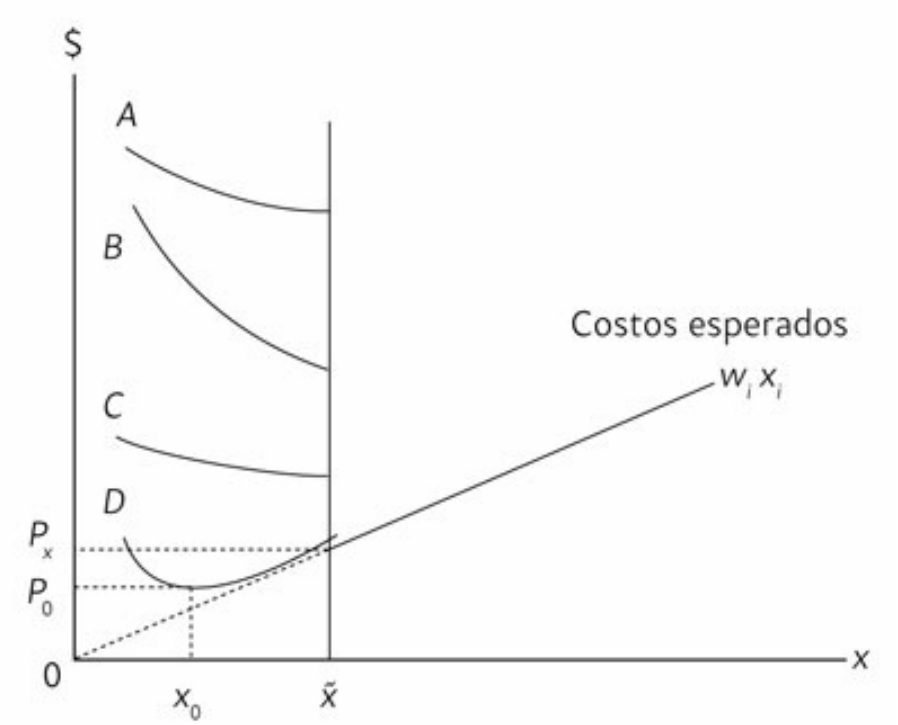
Primero consideremos cómo afecta la precaución un error cometido por el tribunal en la estimación del daño. Los efectos son diferentes según una regla de responsabilidad estricta y una regla de ausencia de responsabilidad. Los incentivos para la precaución del victimario son eficientes según una regla de responsabilidad estricta con compensación perfecta. Pero supongamos que el tribunal estima el daño incorrectamente y no iguala el pago de daños a la compensación perfecta. Si el pago de daños efectivamente otorgado por el tribunal es menor que la compensación perfecta, el victimario externalizará una parte del costo del daño accidental, de modo que tendrá incentivos para tomar una precaución deficiente. Por su parte, si el pago de daños efectivamente otorgado por el tribunal es mayor que la compensación perfecta, el victimario tendrá incentivos para tomar una precaución excesiva. En general, *los errores judiciales en la fijación de los daños, según una regla de responsabilidad estricta, hacen que la precaución del victimario responda en la misma dirección que el error.*

Segundo, consideremos los errores cometidos en la determinación de quién causó un accidente según una regla de responsabilidad estricta. Específicamente,

supongamos que el tribunal a veces no declara responsable del accidente a nadie. Esta clase de error disminuye la responsabilidad esperada del victimario, justo como ocurre cuando se condena al pago deficiente de los daños. El efecto de la disminución de la probabilidad de la responsabilidad es igual que el efecto de la disminución del monto de los daños: el futuro victimario potencial toma menos precauciones. En general, *cuando los errores judiciales no consideran responsables a los victimarios, según una regla de responsabilidad estricta, hacen que los victimarios subsiguientes tomen menos precauciones*. (En cambio, los errores cometidos cuando se declara responsable a una persona por accidentes que no causó podrían inducir a otras personas a evitar actividades en las que puede ocurrir una responsabilidad errada.)[29]

La situación es diferente según una regla de negligencia. Según esta regla, el victimario no es responsable si su nivel de precaución está al nivel de la norma legal, pero sí es responsable si su nivel de precaución se encuentra por debajo del nivel de la norma legal. En este caso, los costos esperados del victimario brincan hacia arriba, mientras que su precaución cae por debajo del nivel de la norma legal $\tilde{x}$, como se representa en la gráfica VI.4. A la izquierda de esta discontinuidad, los costos esperados del victimario son $\$[w^x + p(x)A]$; a la derecha de esta discontinuidad, los costos esperados del victimario potencial son $\$wx$. Para evitar la responsabilidad y el salto en los costos, el victimario satisface la norma legal ($x = \tilde{x}$). De este modo, el victimario querrá satisfacer la norma legal y evitar la responsabilidad aun cuando existan errores judiciales en la medición de los daños. En general, *la precaución del victimario no responde a los errores moderados del tribunal en la fijación de los daños según una regla de negligencia*.[30]

GRÁFICA VI.5. *Una norma legal única y diferentes costos esperados de los accidentes*



Este hecho se ilustra en la gráfica VI.5, donde las líneas *A* a *D* indican diferentes niveles de los costos de accidentes esperados. Cuando el tribunal otorga el pago de daños perfectamente compensatorio, suponemos que los costos de la responsabilidad esperada del victimario en la gráfica VI.5 están dados por la curva *B*. Por encima de la curva B, los tribunales otorgan daños excesivos, lo que se traduce en una curva de costo esperado tal como *A*. Por debajo de la curva *B*, los tribunales otorgan daños deficientes, lo que se traduce por una curva de costo esperado tal como *C*. Independientemente de estos errores judiciales, los costos esperados del victimario brincan hacia abajo a cuando el victimario satisface la norma legal, de modo que el victimario minimiza los costos esperados fijando su precaución al nivel de la norma legal, $x = \tilde{x}$. Para cambiar la precaución del victimario que minimiza el costo, el error cometido por el tribunal en el otorgamiento de daños deberá ser muy grande, como lo ilustra la curva denominada *D*. En ese caso, el nivel del cuidado que minimiza el costo será inferior que el de la norma legal.

En lugar de interpretar la gráfica VI.5 como una representación de los errores judiciales, podemos interpretarla como una descripción de los errores cometidos por los victimarios. Por ejemplo, piénsese en las curvas *A*, *B*, *C* y *D* como representaciones de los costos esperados de cuatro victimarios diferentes. La curva *B* representa al victimario que predice correctamente el comportamiento del tribunal, mientras que la curva *A* representa al victimario que se equivoca

sobrestimando los daños judiciales, y la curva C representa al victimario que se equivoca subestimando los daños judiciales. Independientemente de estos errores, los costos esperados del victimario brincan hacia abajo, a $w_i x$, cuando satisface la norma legal. Por lo tanto, cada victimario minimiza todavía los costos esperados fijando la precaución al nivel de la norma legal, $x = \tilde{x}$. Para cambiar la precaución de costo mínimo del victimario, el error cometido en la predicción de los daños debe ser muy grande, como lo ilustra la curva denominada D. Allí, el victimario que se equivoca percibe que el nivel que minimiza los costos de la precaución es x, muy por debajo del nivel eficiente. En general, *la precaución del victimario no responde a los errores moderados del victimario en la predicción de los daños según una regla de negligencia.*

Interpretamos antes las diversas curvas del costo esperado en la gráfica VI.5 como indicativas de un error judicial en el cálculo de los daños o del victimario al predecir los daños. En cambio, las diversas curvas del costo esperado podrían interpretarse como indicativas de un error en la determinación del causante del accidente. En general, *la precaución del victimario no responde a los errores moderados del tribunal en la determinación del causante de un accidente según una regla de negligencia.*

Habiendo discutido los errores cometidos en el cálculo de los daños y la determinación de las causas, pasemos ahora a los errores cometidos en la fijación de la norma legal. Por "errores" entendemos las situaciones donde los legisladores fijan una norma legal diferente del nivel de precaución eficiente. La mayoría de los victimarios minimizan sus costos conformándose exactamente a la norma legal, independientemente de que ésta sea mayor o menor que la precaución eficiente. En consecuencia, una norma legal excesiva causa una precaución excesiva, y una norma legal deficiente causa una precaución deficiente. En general, *la precaución del victimario responde exactamente a los errores judiciales en la fijación de la norma legal según una regla de negligencia.*

Por ejemplo, la gráfica VI.6 representa los costos esperados del victimario de acuerdo con una regla de negligencia cuando la norma legal es menor que el nivel eficiente de la precaución: $\tilde{x} < x^*$. Las curvas sólidas de la gráfica VI.6 indican los costos del victimario como una función del nivel de la precaución. El victimario minimiza sus costos fijando su precaución al nivel de la norma legal, $x = \tilde{x}$. Su precaución es menor que el nivel eficiente: $x < x^*$. En consecuencia, ocurren demasiados accidentes y los daños que infligen son demasiado graves.

PREGUNTA VI.18

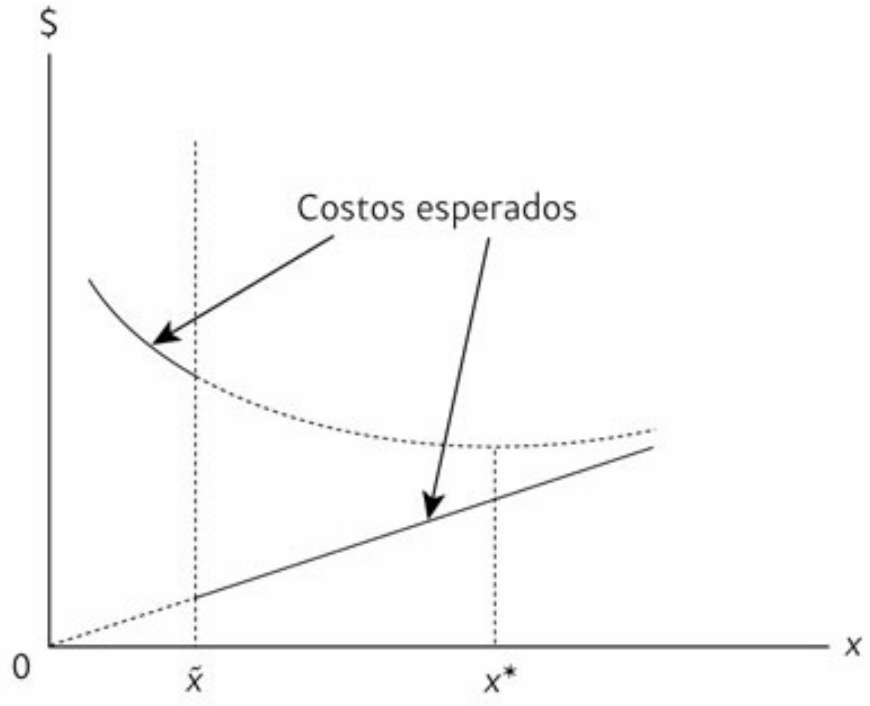
Utilice una gráfica para explicar las consecuencias de eficiencia de una norma legal que supera el nivel eficiente del cuidado: $\tilde{x} > x^*$.

PREGUNTA VI.19

"En general, la precaución del victimario responde a los errores judiciales en la fijación de la norma legal según una regla de negligencia." ¿Es cierta esta afirmación para todas las formas de la

regla de la negligencia, o sólo para la regla de la negligencia simple?

GRÁFICA VI.6. *Costos esperados cuando la norma legal es menor que el óptimo social*



I. *Normas vagas e incertidumbre*

Hemos analizado reglas precisas —reglas precisamente eficientes y reglas precisamente ineficientes— que reciben el nombre de "reglas de línea brillante" porque su significado es tan claro como una línea brillante. Sin embargo, en la realidad las reglas legales son a menudo vagas e imprevisibles, con frecuencia llamadas "reglas". Las normas vagas e imprevisibles para los ilícitos culposos hacen que los individuos no conozcan con seguridad las consecuencias legales de sus actos. Analizaremos de qué manera los individuos ajustan su precaución en respuesta a la incertidumbre legal.

Supongamos que el tribunal comete errores puramente aleatorios o, lo que equivale a lo mismo, supongamos que el victimario comete errores puramente aleatorios al predecir lo que decidirán los tribunales. Por "puramente aleatorios" queremos decir que el exceso es tan probable como la deficiencia, de modo que el error promedio es cero. (Técnicamente, suponemos que los errores siguen una distribución aleatoria con media cero.) Consideraremos los errores puramente aleatorios en los daños y las normas.

Primero consideremos los errores puramente aleatorios cometidos por el tribunal en el cálculo de los daños, o por el victimario al predecir los daños. Un

error puramente aleatorio en los daños no cambia la responsabilidad esperada del victimario. La responsabilidad esperada permanece sin cambio porque los errores de exceso contrarrestan a los errores de deficiencia en promedio. En virtud de que no cambia la responsabilidad esperada, un victimario que minimice los costos esperados no cambiará su precaución en respuesta a los errores puramente aleatorios en los daños.[31] Esto se aplica a todas las reglas de responsabilidad. En general, *el victimario que minimiza los costos esperados no cambia su precaución en respuesta a los errores aleatorios cometidos en el cálculo o la predicción de los daños según cualquier regla de responsabilidad.*

Sin embargo, la situación es diferente para los errores aleatorios relacionados con la norma legal en una regla de negligencia. Para mantener el análisis simple, consideremos la norma legal del cuidado para el victimario, $\tilde{x}_i$, según una regla de negligencia simple. Supongamos que el tribunal comete errores aleatorios al fijar la norma legal $\tilde{x}_i$, o al comparar la precaución del victimario x con la norma legal $\tilde{x}_i$, o que el victimario cometa errores aleatorios al predecir la norma legal $\tilde{x}$. Dada cualquiera de estas posibilidades, los victimarios no saben con seguridad si un nivel particular de precaución por su parte hará que el tribunal los considere responsables o no responsables de los accidentes. Si el tribunal decide que su precaución excedió la norma legal, habrán tomado una precaución innecesaria. Las precauciones innecesarias les cuestan un poco. Pero si el tribunal decide que su precaución fue menor que la norma legal, serán declarados responsables. La responsabilidad les cuesta mucho. Esta asimetría otorga a los victimarios un incentivo para tomar más precauciones a fin de crear un margen de error dentro del cual no serán responsables. En general, *los pequeños errores aleatorios en la norma legal impuesta por una regla de negligencia hacen que el victimario potencial incremente la precaución*.

El cuadro VI.3, que resume nuestras conclusiones acerca de los errores precisos y las normas vagas, sugiere algunas prescripciones para los legisladores y los tribunales. Primero, con una regla de responsabilidad estricta, los errores que cometa un tribunal al calcular los daños distorsionan la precaución, de modo que el tribunal debería evitar tales errores. Segundo, con una regla de negligencia, los errores cometidos por el tribunal al fijar las normas distorsionan la precaución en mayor medida que los errores cometidos en el cálculo de los daños, de modo que el tribunal debería concentrarse en evitar los errores que se cometan al fijar la norma del cuidado. Dadas estas dos prescripciones, un tribunal que evalúe los daños más correctamente que las normas para un tipo dado de casos debería favorecer una regla de responsabilidad estricta, mientras que un tribunal que evalúe las normas más correctamente que los daños para un tipo dado de casos debería favorecer una regla de negligencia. Tercero, con una regla de negligencia, las normas vagas causan precauciones excesivas, de modo que el tribunal debería aplicar las normas vagas con lenidad para no agravar el problema de la precaución excesiva.

CUADRO VI.3. *Consecuencias de los errores de exceso*

Regla de la responsabilidad	*Error del tribunal*	*Error del victimario*	*Efecto sobre el victimario*
Responsabilidad estricta	Daños excesivos	Sobrestima los daños	Precaución excesiva
Negligencia	Daños excesivos	Sobrestima los daños	Ninguno
Negligencia	Norma legal excesiva	Sobrestima la norma legal	Precaución excesiva
Responsabilidad estricta	Error aleatorio en daños	Error aleatorio en daños	Ninguno
Negligencia	Error aleatorio en la norma legal	Error aleatorio en la norma legal	Precaución excesiva

PREGUNTA VI.20

"Los daños excesivos incrementan la responsabilidad esperada según una regla de negligencia, lo que se traduce en una precaución excesiva." Explique el error de esta proposición.

PREGUNTA VI.21

"Si la norma legal del cuidado en una regla de negligencia es inevitablemente vaga, el tribunal debería fijarla por debajo del nivel de la precaución eficiente." Explique el argumento económico en favor de esta proposición.

J. *Costos administrativos y reglas específicas*

En el modelo simple, la meta económica del sistema de responsabilidad por los ilícitos culposos es la minimización de la suma de los costos de la precaución y el daño causado por los accidentes. Un modelo más complejo incluye otro elemento importante de los costos: la administración. Se incurre en costos administrativos para la asignación de los costos del daño accidental. Por ejemplo, un sistema de derecho privado incurre en los costos de abogados, jueces y otros funcionarios involucrados en la resolución de las disputas legales. De igual modo, un sistema público para la compensación de los trabajadores lesionados en el trabajo debe recaudar impuestos, decidir las reclamaciones y pagar indemnizaciones.

Analizaremos en primer término los costos administrativos separados de los costos de la precaución y los del daño accidental. En el derecho privado, los victimarios compensan a las víctimas, mientras que en el derecho público los victimarios pagan multas al Estado. El derecho privado puede reducir los costos administrativos porque las víctimas, que saben mucho acerca de la causa y la magnitud de sus lesiones, demandan a los victimarios. En cambio, el derecho

público requiere un administrador que descubra a los victimarios que violan las reglas. En el caso de muchas lesiones, pero no todas, el cumplimiento privado forzoso es más eficiente que el cumplimiento público. Dejamos para más adelante una comparación más sistemática entre el cumplimiento público y el cumplimiento privado para concentrarnos en los costos administrativos de las tres reglas: ausencia de responsabilidad, responsabilidad estricta y negligencia.

Reglas vs. *enormas*

Una ley puede ser precisa como "El límite de velocidad es de 50 kilómetros por hora", o una regla puede ser imprecisa como "Conduzca a una velocidad razonable". Los investigadores del derecho y la economía llaman a las leyes precisas "reglas" y a las leyes imprecisas "normas".* Es más fácil determinar si el comportamiento cumple con una regla precisa que con una norma imprecisa. Los funcionarios que hacen cumplir las leyes, y los ciudadanos que deben obedecerlas, valoran la certeza y la previsibilidad de las reglas. Sin embargo, la imaginación humana no puede anticipar todas las circunstancias en las que una regla precisa ordena el comportamiento erróneo, como cuando un policía detiene a un automóvil por exceso de velocidad cuando se dirige al hospital con una pasajera que está a punto de dar a luz. Un sistema de reglas intenta superar la inflexibilidad a través de excepciones, como la regla de que los límites de velocidad no se aplican en situaciones de emergencia. Sin embargo, las excepciones a la regla son un conjunto abierto, de modo que ninguna regla puede enumerar a todas. A medida que surgen circunstancias imprevistas, las excepciones aumentan y el sistema de reglas se vuelve cada vez más complejo. En cambio, un sistema de normas logra la precisión a través de los casos. Cuando se presenta un caso, su resolución especifica con precisión la aplicación de la norma a las circunstancias. La nueva aplicación de la norma en un caso constituye un precedente. El derecho común es un sistema de normas con muchos casos, mientras que el derecho regulatorio es un sistema de reglas con muchas excepciones. Los códigos civiles también contienen muchas normas imprecisas.

¿Qué es mejor, las reglas o las normas? En el capítulo IX discutiremos los términos contractuales precisos como "Pagar $100 por cada día que se retrasa la entrega", y los términos vagos del contrato como "Haga lo posible por hacer las entregas a tiempo". Nuestra discusión de los contratos concluirá que las partes prefieren términos precisos cuando se puede estipular el comportamiento eficiente de antelación, y prefieren los términos imprecisos cuando quieren que los tribunales decidan si el comportamiento fue justo y eficiente después de que ocurre. En los contratos, los términos verificables y no verificables se asemejan a las reglas y normas en el derecho

de los ilícitos culposos. El derecho de los ilícitos culposos debe utilizar reglas cuando puede estipular un comportamiento eficiente y justo con antelación, y la ley debe utilizar las normas cuando los tribunales pueden identificar el comportamiento eficiente y justo en los casos después de que ocurren.

La regla de la ausencia de responsabilidad deja los costos del daño accidental donde caen, sin tratar de reasignarlos. En consecuencia, una regla de ausencia de responsabilidad elimina los costos administrativos de la reasignación de los costos del daño accidental. En cambio, la regla de la responsabilidad estricta y la regla de la negligencia reasignan los costos del daño accidental en ciertas condiciones. Por lo tanto, una regla de ausencia de responsabilidad ahorra costos administrativos en comparación con una regla de responsabilidad estricta o una regla de responsabilidad por negligencia.

Este hecho ha llevado a los reformadores a proponer la adopción de la regla de ausencia de responsabilidad para la mayoría de los accidentes automovilísticos. De acuerdo con una regla llamada de "no culpa", cada una de las partes de un accidente automovilístico asume sus propios costos del daño accidental. En la práctica, esto significa que cada víctima del accidente recupera sus gastos de su propia compañía aseguradora, en lugar de recuperarlos de la compañía aseguradora del victimario.[32] La regla de ausencia de responsabilidad tiene la desventaja de que los victimarios no tienen ningún incentivo para tomar precauciones. Por ejemplo, los propietarios de camiones dotados de "tumbaburros" pueden responder a una regla de ausencia de responsabilidad al conducir con violencia. Por lo tanto, los sistemas de no culpa ahorran costos administrativos y minan los incentivos para la precaución.

Comparemos ahora los costos administrativos de una regla de responsabilidad estricta y de una regla de negligencia. Recuérdese que una regla de responsabilidad estricta requiere que el demandante pruebe el daño y la causa, mientras que una regla de negligencia requiere que el demandante pruebe el daño, la causa y la culpa. El elemento probatorio adicional de la negligencia requiere una decisión adicional, lo que incrementa los costos administrativos. Por lo tanto, una regla de responsabilidad estricta reduce los costos administrativos en relación con *una regla de negligencia simplificando la tarea del adjudicador*.

Esta ventaja de la responsabilidad estricta puede contrarrestarse por una desventaja. Una regla de responsabilidad estricta otorga a más víctimas el derecho a recuperar los daños que una regla de negligencia. Específicamente, una regla de responsabilidad estricta otorga a toda víctima que sufra un daño causado por la actividad del victimario el derecho de recuperar, mientras que una regla de negligencia otorga a toda víctima que sufra un daño causado por culpa del victimario el derecho de recuperar. Por lo consiguiente, una regla de

negligencia reduce los costos administrativos en relación con una regla de responsabilidad estricta, al reasignar el costo del daño en un número menor de casos. En resumen, una regla de responsabilidad estricta genera más reclamaciones de arreglo más simple, mientras que una regla de negligencia genera menos reclamaciones de arreglo más complicado.

Hemos contrastado los costos administrativos de la responsabilidad estricta y la negligencia. Aparte de la forma de la regla de responsabilidad, los costos administrativos dependen también de la sencillez y el alcance de las reglas. Las reglas simples se basan en hechos que se prueban fácilmente, mientras que las reglas amplias combinan muchos casos diferentes. Por otra parte, las reglas complicadas se basan en hechos difíciles de probar, mientras que las reglas estrechas se aplican a pocos casos. Podemos caracterizar los extremos de la sencillez y la amplitud como reglas de mayoreo, mientras que los extremos de la complicación y la estrechez son reglas de adjudicación caso por caso. Las reglas de mayoreo son más baratas en cuanto a su elaboración, aplicación y entendimiento. Sin embargo, las reglas de mayoreo distorsionan los incentivos al tratar como iguales a las personas que tienen diferentes funciones de utilidad y de costos. En general, *las reglas de mayoreo ahorran costos administrativos y distorsionan la relación existente entre el costo marginal de la precaución y la reducción marginal del daño, mientras que la adjudicación caso por caso tiene los efectos opuestos*.

Además de asignar el costo del daño accidental, el derecho asigna los costos de la administración. Diferentes países asignan los costos administrativos de manera diferente. Por ejemplo, la víctima de un accidente que gane un juicio en los Estados Unidos recupera los daños sufridos, pero por lo común no recupera los costos de la litigación. En cambio, muchos países europeos exigen que el perdedor de un juicio legal pague los costos de litigación del ganador. La asignación de los costos administrativos afecta decisivamente los incentivos de la víctima para demandar y los incentivos de las partes para llegar a un arreglo extrajudicial. En otro capítulo analizaremos estos incentivos.

Puesto que los costos administrativos son puramente instrumentales, reducirlos sin aumentar los accidentes es una ganancia pura. A fin de conservar el mismo nivel de disuasión de los victimarios, la ley puede aumentar la magnitud de la responsabilidad y reducir su probabilidad. Por ejemplo, supongamos que los victimarios negligentes deben pagar daños de 100. Cambiemos ahora las reglas y supongamos que un volado determinará si un victimario negligente paga daños de 200 o no paga nada. Después de aplicar la aleatoriedad, la responsabilidad esperada sigue siendo de 100, por lo que la disuasión no cambiará para muchos victimarios. Sin embargo, los costos administrativos deberán bajar porque se obtiene el pago de daños de la mitad de los victimarios. En general, aumentar la responsabilidad y reducir la frecuencia de los juicios a menudo puede ahorrar costos administrativos sin afectar el

número de accidentes. Estos hechos sugieren que la eficiencia requiere una magnitud grande y una probabilidad baja de la responsabilidad.

Sin embargo, aumentar la magnitud de la responsabilidad se encuentra con algunos obstáculos. Por lo general, el derecho privado restringe la responsabilidad del victimario al pago de daños requerido para compensar a la víctima. Algunos teóricos quieren eludir este obstáculo "separando" los daños, de tal modo que el victimario pague una compensación a la víctima y también una multa al Estado.[33] En principio, la separación permite que la ley ahorre costos administrativos aumentando la magnitud de la responsabilidad y disminuyendo su probabilidad. Usted encontrará este mismo principio en el capítulo XII, cuando analicemos la magnitud y la certeza óptimas de los castigos penales.

PREGUNTA VI.22

Los médicos son responsables cuando su negligencia daña a los pacientes. Supongamos que se cambia la regla de la negligencia a la responsabilidad estricta. ¿Cómo cambiarían los costos administrativos?

PREGUNTA VI.23

Los peldaños de las escaleras deben construirse de tal modo que soporten el peso de las personas que suban por ellos. Compare la eficiencia relativa de una norma gubernamental precisa para todas las escaleras, en lo tocante al peso que los peldaños deben soportar, con la de una regla de que la solidez de los peldaños deberá determinarse caso por caso, a medida que se planteen las demandas, utilizando la regla de Hand.

K. *Daños de los productos de consumo: entre los ilícitos culposos y los contratos*

Al principio de este capítulo explicamos que el derecho de los ilícitos culposos utiliza la responsabilidad para internalizar las externalidades creadas por los costos de transacción elevados. El modelo de los ilícitos culposos se aplica cuando los costos de transacción impiden que el victimario y la víctima negocien entre sí antes del accidente, como ocurre con la mayoría de los accidentes automovilísticos. Pero cuando las partes tienen una relación de mercado, el análisis debe cambiar, como mostraremos ahora con un ejemplo de los daños causados por los productos de consumo.

CUADRO VI.4. *Costo de los refrescos*

Comportamiento de la empresa	Costo de producción de la empresa por unidad	Probabilidad de los accidentes del consumidor	Pérdida en caso de accidente	Pérdida esperada del accidente	Costo total por unidad
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
Uso de botellas	¢40	1/100 000	$10 000	¢10	¢50
Uso de latas	¢43	1/200 000	$4 000	¢2	¢45

El cuadro VI.4 reproduce las cifras de un ejemplo hipotético elaborado por Polinsky.[34] Los consumidores deben escoger entre comprar un refresco embotellado o uno en lata. La producción de botellas es más barata que la de latas, como se indica en la columna 1, pero las botellas tienen el doble de probabilidad de causar un accidente al consumidor, como se indica en la columna 2, y los accidentes causados por las botellas son más graves, como se indica en la columna 3. La pérdida esperada que aparece en la columna 4 es igual a la probabilidad de un accidente que aparece en la columna 2 multiplicada por la pérdida que aparece en la columna 3. El costo total por unidad, en la columna 5, es igual a la suma del costo de producción de la columna 1 y la pérdida esperada del accidente que aparece en la columna 4.

Adviértase que el costo total de las botellas (50 centavos) en este ejemplo hipotético supera el costo total de las latas (45 centavos). Por lo tanto, la eficiencia requiere el uso de latas, no de botellas. Consideremos si los consumidores usarán efectivamente latas en lugar de botellas. El comportamiento de los consumidores depende de la información que posean, del derecho de la responsabilidad y del mercado de refrescos. Suponemos que el mercado es perfectamente competitivo. La competencia hace que baje el precio del bien hasta el nivel de su costo, como se explicó en el capítulo II. El costo de la provisión de refrescos depende de la producción y de la responsabilidad. Suponemos que el precio de una unidad de refresco es igual al costo de producción más el costo de la responsabilidad del fabricante. De acuerdo con una regla de ausencia de responsabilidad, el precio de una unidad de refresco es así igual al costo de producción indicado en la columna 1: 40 centavos por botella y 43 centavos por lata. De acuerdo con una regla de responsabilidad estricta, el precio de una unidad de refresco es igual a su costo total indicado en la columna 5: 50 centavos por botella y 45 centavos por lata.

Primero consideremos el comportamiento de los consumidores perfectamente *informados* según una regla de ausencia de responsabilidad. Al estar perfectamente informados, los consumidores conocen los costos esperados de los accidentes y el hecho de que ellos deben asumir tales costos. En consecuencia, los consumidores preferirán el refresco cuyo costo total sea menor

para ellos, específicamente el refresco en lata. Por lo tanto, *los consumidores perfectamente informados escogerán el producto más eficiente según una regla de ausencia de responsabilidad.*

Segundo, consideremos el comportamiento de los consumidores imperfectamente *informados* según una regla de ausencia de responsabilidad. Al estar imperfectamente informados, los consumidores no conocen los costos esperados de los accidentes. Si los consumidores sobrestiman el mayor peligro asociado a las botellas, comprarán latas. Si los consumidores subestiman el mayor peligro asociado a las botellas, o si se desentienden del peligro, entonces podrán comprar botellas para obtener el precio (percibido) menor de 40 centavos por botella, en lugar del precio más elevado de 43 centavos por lata. Por lo tanto, *los consumidores imperfectamente informados no escogerán necesariamente el producto más eficiente según una regla de ausencia de responsabilidad.*

Tercero, consideremos el comportamiento de los consumidores imperfectamente informados según una regla de responsabilidad estricta. La responsabilidad estricta y la competencia perfecta hacen que el precio del refresco se iguale a su costo total, que es de 50 centavos por botella y 45 centavos por lata. Los consumidores preferirán las latas a las botellas, independientemente de que sobrestimen, subestimen u omitan el mayor peligro asociado a las botellas. *Por lo tanto, los consumidores imperfectamente informados escogerán el producto más eficiente según una regla de responsabilidad estricta.*

Este ejemplo ofrece la justificación básica de la idea de que los fabricantes deben ser estrictamente responsables del daño causado a los consumidores por los productos defectuosos: el costo de la responsabilidad se incluirá en el precio, de modo que los consumidores serían guiados hacia la eficiencia, a pesar de que tengan una información imperfecta. Sin embargo, este análisis omite muchas deficiencias de un sistema de responsabilidad estricta para los daños causados por los productos de consumo, como los costos administrativos, la carencia de incentivos para la precaución por parte de las víctimas y el seguro excesivo de los consumidores por parte de los productores. En el capítulo siguiente analizaremos en detalle estas deficiencias.

PREGUNTA VI.24

En efecto, una regla de responsabilidad estricta requiere que el vendedor provea al consumidor un producto conjunto: refresco y seguro. ¿Qué ineficiencias surgen de una compra forzada?

CONCLUSIÓN

En los países comunistas como la antigua Unión Soviética, los planificadores no podían contar con la información necesaria para administrar una economía cada vez más compleja, lo que deterioraba a la economía. Una economía cada vez más compleja debe recurrir cada vez más a los mercados, lo que descentraliza la

información. Al respecto, la elaboración de leyes se parece mucho a la elaboración de productos. A medida que aumenta la complejidad de la economía, los funcionarios centrales no pueden obtener la información que necesitan para elaborar regulaciones precisas. En lugar de una elaboración de leyes centralizada, la economía moderna necesita una elaboración de leyes descentralizada, análoga a los mercados. La responsabilidad de los ilícitos culposos quita muchas decisiones acerca de los accidentes a los burócratas y a los políticos, y permite que los jueces elaboren leyes, que los demandantes decidan cuándo demandar a los violadores, y que los tribunales determinen cuánto deben pagar los violadores. De este modo, el sistema de responsabilidad descentraliza gran parte de la tarea de la internalización de las externalidades. En este capítulo desarrollamos la teoría fundamental requerida para entender el derecho de los ilícitos culposos. En el capítulo siguiente refinaremos la teoría económica para ocuparnos de los problemas que afectan el derecho de los ilícitos culposos en todo el mundo.

LECTURAS RECOMENDADAS

Brown, John P., "Toward an Economic Theory of Liability", Journal of Legal Studies,vol. 2, 1973, p. 323.

Grady, Mark, "A New Positive Economic Theory of Negligence", Yale Law Journal,vol. 92, 1983, p. 799.

Landes, William M. y Richard A. Posner, The Economic Structure of Tort Law,Harvard University Press, Cambridge, 1987.

Shavell, Steven, An Economic Analysis of Accident Law,1987.

_____, "Liability for Accidents, en A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell (comps.),

Handbook of Law and Economics,vol. 1, North-Holland, Ámsterdam, 2007.

APÉNDICE. RESPONSABILIDAD Y SIMETRÍA

La regla de negligencia impone una norma de cuidado al victimario, la que representamos como una separación de la precaución del victimario en la zona permitida y la zona prohibida. La defensa de la negligencia contributiva impone una norma legal de cuidado a la víctima, la que puede representarse como una partición de la precaución de la víctima en la zona permitida y la zona prohibida.

La gráfica VI.7 muestra la precaución del victimario en el eje horizontal y la precaución de la víctima en el eje vertical. Las dos normas legales dividen la gráfica VI.7 en cuatro cuadrantes. El cuadro siguiente resume la relación existente entre los cuatro cuadrantes y la culpa de las partes:

Cuadrante	*Victimario*	*Víctima*
I	Culpable	Sin culpa

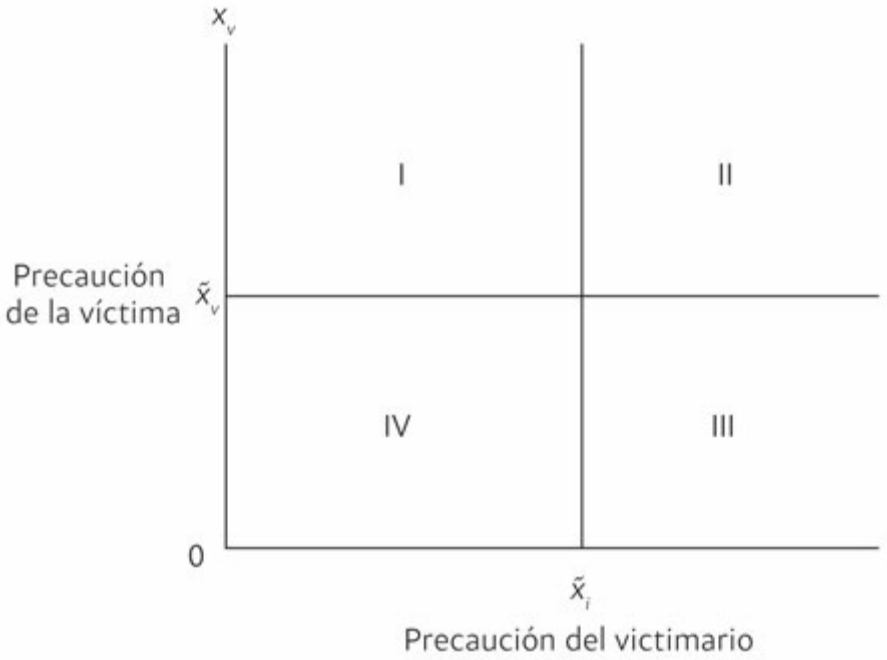
II	Sin culpa	Sin culpa
III	Sin culpa	Culpable
IV	Culpable	Culpable

Por ejemplo, en el cuadrante I, el victimario es culpable porque $x_i < \tilde{x}_i$, y la víctima no es culpable porque $x_v \tilde{x}$.

El cuadro siguiente resume la manera en que diversas reglas de responsabilidad asignan los costos del daño accidental entre las partes, dependiendo de su precaución por cuadrante:

Regla de responsabilidad	*El victimario asume los costos del daño*	*La víctima asume los costos del daño*
Negligencia simple	I, IV	II, III
Negligencia con defensa de la negligencia contributiva	I	II, III, IV
Responsabilidad estricta con defensa de la negligencia contributiva	I, II	III, IV
Responsabilidad estricta con defensa de la negligencia contributiva doble	I, II, IV	III

GRÁFICA VI.7.



Si intercambiamos los nombres de los ejes en la gráfica VI.7, de modo tal que la

precaución del victimario se mida en el eje vertical y la precaución de la víctima en el eje horizontal, y luego comparamos cómo asignan la carga del daño las reglas de la responsabilidad, encontraremos algunas relaciones interesantes. La "negligencia simple" es la imagen invertida de la "responsabilidad estricta con una defensa de la negligencia contributiva", y la "negligencia con defensa de la negligencia contributiva" es la imagen invertida de la "responsabilidad estricta con defensa de la negligencia contributiva doble".

PREGUNTA VI.25

Explique por qué la víctima asume los costos de los accidentes según una regla de responsabilidad estricta con una defensa de la negligencia contributiva en el cuadrante IV.

PREGUNTA VI.26

Explique por qué el victimario asume los costos de los accidentes según una regla de responsabilidad estricta con una defensa de negligencia contributiva en el cuadrante II.

VII. TEMAS EN LA ECONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ILÍCITOS CULPOSOS

EN EL capítulo anterior introdujimos los conceptos fundamentales del derecho de los ilícitos culposos y desarrollamos un análisis económico de la responsabilidad de los mismos. En este capítulo queremos hacer avanzar el entendimiento del análisis económico del sistema de la responsabilidad de los ilícitos culposos en dos sentidos. En primer lugar, relajaremos ciertos supuestos simplificadores a fin de aproximar más el modelo a la realidad. En segundo lugar, examinaremos algunos argumentos relativos al mal funcionamiento del sistema de responsabilidad de los ilícitos culposos y a que éste necesita una reforma integral. En este análisis veremos algunas pruebas recientes y cómo el sistema de ilícitos culposos minimiza los costos sociales de los accidentes.

1. EXTENSIÓN DEL MODELO ECONÓMICO

El modelo que presentamos en el capítulo anterior formuló algunos supuestos simplificadores de manera implícita. La gran tradición de la economía nos haría afirmar nuestra intención de relajar estas simplificaciones para luego olvidarnos de hacerlo. Pero aquí aspiramos a hacer algo mejor. Exploraremos de inmediato las conclusiones de nuestro modelo simple en cuanto relajemos nuestros supuestos simplificadores.

A. *Relajamiento de los supuestos fundamentales*

En el capítulo anterior hicimos implícitamente cinco supuestos simplificadores antes de desarrollar nuestro análisis económico del derecho de los ilícitos culposos:

1. Los que toman decisiones son racionalmente egoístas.
2. No hay regulaciones diseñadas para reducir los costos externos.
3. No hay seguro.
4. Todos los victimarios son solventes y pagan completamente los daños.
5. Los costos de la litigación son nulos.

En esta sección relajaremos los supuestos anteriores para ver qué efecto podría tener dicho relajamiento sobre las conclusiones derivadas de la teoría económica de la responsabilidad de los ilícitos culposos.

1. *Racionalidad*

Uno de los supuestos fundamentales de la teoría económica es la afirmación de que los que toman decisiones son racionalmente egoístas. En términos técnicos, esto significa (como vimos en el capítulo II) que los que toman decisiones tienen preferencias estables, bien ordenadas,[1] lo que implica algo acerca de las capacidades cognoscitivas y de razonamiento del que toma decisiones. Específicamente, esto sugiere que quienes toman decisiones pueden calcular los costos y los beneficios de las alternativas a su disposición y que optan por seguir la alternativa que ofrezca el mayor beneficio neto.

Hay una conexión vital entre el supuesto de la racionalidad y el modelo económico de la responsabilidad de los ilícitos culposos que examinamos en el capítulo VI. Vimos que las reglas de asignación de la responsabilidad de los ilícitos culposos están diseñadas, en términos económicos, para enviar señales a las víctimas potenciales y a los victimarios potenciales acerca de la forma en que deberían comportarse. Para que el sistema de la responsabilidad de los ilícitos culposos tenga este efecto, aquellos cuyo comportamiento está tratando de afectarse mediante el derecho deben ser racionales: si no se comportan de la manera prevista por la suposición del egoísmo racional, entonces tenemos que modificar el sistema de responsabilidad de ilícitos culposos, tomando en cuenta el comportamiento real de los individuos.

Pero ¿es cierto que los individuos toman en esta forma sus decisiones acerca de la responsabilidad potencial? Algunos individuos lo hacen y otros no. La literatura académica reciente sugiere que muchos de los que toman decisiones cometen errores cuando hacen cálculos de la clase que los estimula a hacer la responsabilidad de los ilícitos culposos. Por ejemplo, Kahneman y Tversky dan a conocer dos conclusiones perturbadoras.[2] Primero, descubren que la mayoría de los individuos simplemente no puede estimar correctamente los sucesos de baja probabilidad; al parecer, los enfrenta suponiendo que "baja probabilidad" significa que el suceso no ocurrirá nunca: que la probabilidad de que ocurra el suceso es cero. Segundo, descubren que, para algunos sucesos que reciben gran publicidad, potencialmente catastróficos —como los accidentes de plantas de energía nuclear—, la mayoría de los individuos exagera sistemáticamente la probabilidad de que ocurra un accidente, sin que importe la información objetiva en contrario.

Estos errores opuestos —subestimación de la mayoría de los sucesos de baja probabilidad y sobrestimación de algunos errores de baja probabilidad— tienen aparentemente una causa común. La causa es la frecuencia y lo vívido de los recuerdos que tiene la gente de estos riesgos. Los recuerdos infrecuentes y vagos del riesgo hacen que los individuos los subestimen, mientras que los recuerdos frecuentes y vívidos hacen que los sobrestimen. La mayoría de los sucesos de baja probabilidad se analizan o se representan raras veces en los medios, de modo que las personas tienden a actuar como si su probabilidad se aproximara a cero, mientras que los sucesos potencialmente catastróficos, como los riesgos

nucleares, se analizan y representan mucho en los medios, de modo que la gente tiende a sobrestimar su probabilidad.[3]

Estos hallazgos tienen implicaciones para el modelo económico de la responsabilidad de los ilícitos culposos. Si muchos individuos no estiman correctamente los riesgos, no podrían hacer los cálculos apropiados de beneficios y costos netos que la teoría económica supone que hacen. Utilizando la simbología de los capítulos anteriores, es probable que algunos individuos fijen incorrectamente $p(x)$ igual a cero para los eventos de baja probabilidad y, por lo tanto, no tomen precauciones, cuando, de hecho, tal probabilidad es positiva y esos individuos deberían tomar precauciones. La incapacidad de los que toman decisiones para hacer cálculos correctos puede generar demasiados accidentes o accidentes demasiado severos. En otros casos, los que toman decisiones pueden sobrestimar $p(x)$ —es decir, pueden pensar que un accidente es mucho más probable de lo que en realidad es—, de modo que pueden tomar demasiadas precauciones. A resultas de estas incapacidades para calcular correctamente, es posible que el sistema de la responsabilidad de los ilícitos culposos no induzca a los individuos a realizar acciones que minimicen los costos sociales de los accidentes.

La teoría económica de la responsabilidad de los ilícitos culposos no sólo pone de relieve la importancia del supuesto de la racionalidad para el análisis del derecho de los ilícitos culposos, sino que también sugiere una medida correctiva cuando se viola este supuesto. Consideremos los accidentes que implican herramientas eléctricas. Podríamos suponer que la precaución es bilateral en tales casos: el consumidor y el productor pueden hacer algo para reducir la probabilidad y la gravedad de un accidente. En consecuencia, la teoría económica sugeriría utilizar alguna forma de la regla de la negligencia para inducir la precaución eficiente de consumidores y productores. Pero supongamos que hay ciertas pruebas fuertes de que los consumidores no podrían evaluar correctamente los riesgos asociados al uso de herramientas eléctricas. Los consumidores podrían suponer que éstas son tan seguras que ellos no tienen que tomar ninguna precaución particular cuando las usan. En suma, los consumidores podrían suponer erradamente que la probabilidad de un accidente es cero y tomar muy pocas precauciones. Ese hecho convertiría esta situación en una de precaución unilateral antes que bilateral: sólo podría esperarse realistamente que los fabricantes tomaran medidas para reducir la probabilidad y la gravedad de un accidente.[4] En estas circunstancias, los fabricantes podrían ser considerados responsables por no diseñar un producto que prevendría el mal uso previsible por parte de consumidores que no son enteramente racionales.

Estas reflexiones ponen en duda que la responsabilidad de los ilícitos culposos induzca la acción precautoria apropiada por parte de los victimarios y las víctimas potenciales. Mantendremos tentativamente el supuesto de la racionalidad, pero estaremos preparados para enmendar nuestras conclusiones acerca de las reglas

eficientes de los ilícitos culposos cuando haya pruebas sólidas de que los que toman decisiones correspondientes no se están comportando de manera racional.

Además de las probabilidades malinterpretadas y de otros errores cognitivos, muchos accidentes son consecuencia de los pies torpes, las manos temblorosas, los ojos distraídos, los *lapsus linguae*, las mentes dispersas, las voluntades débiles, los arrebatos emocionales, las distancias o las consecuencias mal calculadas. Descrito de manera más abstracta, los accidentes son el resultado de la torpeza, la falta de atención, un juicio erróneo, una percepción errónea o la falta de voluntad. Los actos ocasionales de este tipo se llaman "fallas". En el capítulo XII se explica cómo estas fallas pueden dar lugar a crímenes. Aquí nos centraremos en las fallas que causan negligencia no intencionada, la cual a su vez provoca accidentes. En estos casos, un actor aspira a un nivel de precaución determinado y no lo alcanza. Las reglas de negligencia determinan la responsabilidad mediante la comparación entre la norma legal y el nivel real de cuidado del victimario, en vez del nivel del cuidado previsto del victimario; de modo que, según una regla de negligencia, los actores son responsables por el daño causado por sus fallas.

Presentamos un ejemplo a continuación.

EJEMPLO 1

Negligencia no intencionada por parte de un automovilista. Un automovilista se embarca en el largo viaje directo en auto de San Francisco a Los Ángeles en la carretera interestatal 5. El camino está libre, es de noche y el límite de velocidad es de 90 kilómetros por hora. En estas condiciones, un conductor razonable con un mecanismo para mantener la velocidad constante ("regulador de velocidad") establecería el límite de velocidad en 90 kilómetros por hora. Sin embargo, el automóvil no tiene este tipo de mecanismo. Al no ser un robot, el conductor no puede ir a 90 km/h todo el tiempo. El conductor pretende alcanzar los 85 km/h. Las fallas ocasionales en la atención hacen que el conductor supere o que no alcance la velocidad prevista. Casi al final del viaje, el conductor tiene un accidente mientras va a 95 km/h, el cual habría evitado si hubiera ido a 90. Bajo una regla de negligencia, el automovilista es responsable de los daños causados por el accidente.

En este ejemplo, un conductor seguro se considera responsable de un accidente que causó al ir demasiado rápido de manera involuntaria. Ahora considere el ejemplo simétricamente opuesto.

EJEMPLO 2

Negligencia intencionada por parte de un automovilista. Los hechos del ejemplo anterior siguen siendo los mismos, salvo que el conductor tiene 95 km/h como objetivo, de modo que tiene la intención de conducir a una velocidad irracional. Las fallas ocasionales en la atención hacen que el conductor no alcance la velocidad prevista de 95. Casi al final del viaje, el conductor tiene un accidente mientras iba a 87 km/h. Según una regla de negligencia, el automovilista no es

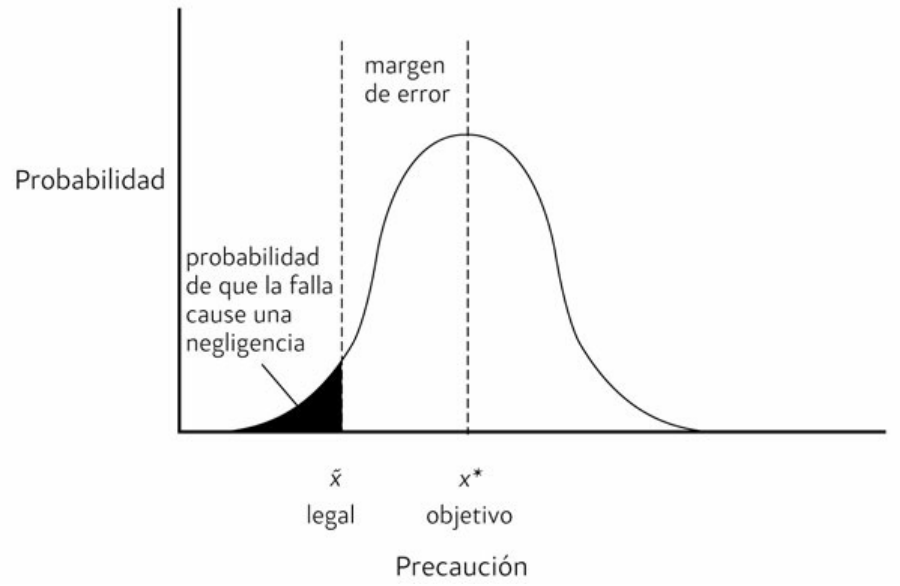
responsable por los daños causados por el accidente.

En este ejemplo, un conductor peligroso no se considera responsable de un accidente que ocurrió mientras conducía a una velocidad segura de manera involuntaria.

La mayor parte del tiempo el primer conductor fue no negligente de manera intencional, pero parte del tiempo fue negligente de manera involuntaria. Tuvo "mala suerte moral": fue demasiado rápido de manera involuntaria en el momento equivocado y provocó un accidente. En cambio, el segundo conductor fue intencionalmente negligente la mayor parte del tiempo y parte del tiempo fue no negligente de manera involuntaria. Tuvo "buena suerte moral" respecto a la responsabilidad: fue demasiado lento de manera involuntaria justo en el momento correcto y no tuvo responsabilidad.[5]

Le puede parecer injusto que se permita que la suerte moral determine la responsabilidad. Si hacemos a un lado la justicia, la reducción del papel de la suerte moral en la responsabilidad mejora los incentivos y reduce las ineficiencias. Para ver por qué, construimos una gráfica para representar al conductor seguro que tuvo mala suerte moral. En la gráfica VII.1 el eje vertical representa la probabilidad de conducir a una velocidad determinada. El eje horizontal representa la precaución, que corresponde a la conducción lenta en el ejemplo anterior. Modelamos una falla como una conexión probabilística entre la precaución prevista y la real. En la gráfica VII.1 el actor se propone lograr un nivel de precaución x^*. El nivel real de precaución x que logra el actor depende de su intención x^* más una variable aleatoria ϵ, por lo que $x = x^* + \epsilon$. Para prever un margen de error, el actor tiene la intención de superar la norma legal, por lo que $x^* > \tilde{x}$. Un actor falla cuando la precaución real cae por debajo de la precaución prevista, o $x < x^*$. En la gráfica VII.1 la probabilidad de que una falla provoque una negligencia es el área sombreada debajo de la función de densidad de la probabilidad que se encuentra debajo de la norma legal.

GRÁFICA VII.1. *Probabilidad de que una falla provoque una precaución negligente*



En la gráfica VII.1 el actor obtiene una ventaja privada al exceder la norma legal, pero la eficiencia social requiere que el actor no la exceda. Ya explicamos este hecho en el capítulo anterior, el cual expondremos nuevamente de manera breve. Recordemos que la precaución es socialmente óptima cuando el costo de tomar un poco más de precaución es igual al beneficio social de un menor número de accidentes. Si la norma legal se establece al nivel del óptimo social, entonces sobrepasar la norma legal de precaución genera más costos sociales que beneficios. Sin embargo, los beneficios privados aumentan significativamente para el actor cuando su precaución alcanza el nivel de la norma legal, porque así evita la responsabilidad. De modo que el actor toma precauciones excesivas. (La suerte moral también tiene otro negativo efecto de incentivos que no podemos discutir aquí.[6])

Hemos explicado que permitir que la suerte moral afecte la responsabilidad parece injusto y distorsiona los incentivos para la precaución. Si se sustituye una regla de responsabilidad de los accidentes causados por negligencia con una regla de responsabilidad de los accidentes causados por negligencia intencional se reduciría el papel de la suerte moral en la determinación de la responsabilidad. Desafortunadamente, este remedio por lo general es peor que el problema. En comparación con una regla de responsabilidad por negligencia objetiva, la regla de responsabilidad por negligencia intencional requiere que el demandante muestre mucha más evidencia antes de recuperar los daños. Si el demandante tuviera que probar la negligencia intencional para recuperar los daños, la carga de la prueba sería aplastante, y rara vez ocurrirían las recuperaciones. Por lo tanto, las víctimas de accidentes automovilísticos rara vez podrían recuperarse si

tuvieran que demostrar que el conductor a exceso de velocidad tuvo la intención de acelerar. Los problemas prácticos de información hacen que los tribunales condicionen la responsabilidad según la negligencia objetiva en vez de la negligencia intencional. (Sin embargo, tenga en cuenta que los sistemas de posicionamiento global o algún otro avance tecnológico podrían ofrecer algún día un registro completo de la velocidad de un conductor durante un viaje, lo que permitiría con frecuencia que un conductor probara que su exceso de velocidad fue simplemente una falla no intencionada.)

Estas ideas plantean inquietudes sobre si la responsabilidad de ilícitos culposos induce la acción precautoria apropiada por parte de los victimarios y las víctimas potenciales. Mantendremos el supuesto de racionalidad provisionalmente, pero estará listo para modificar nuestras conclusiones respecto a las reglas de ilícitos culposos eficientes cuando hay pruebas sólidas de que los responsables de la toma de decisiones adecuadas no se comportan de manera racional.

PREGUNTA VII.1

La utilización de cinturones de seguridad constituye un medio eficiente para minimizar los costos de los accidentes automovilísticos. Suponiendo que los beneficios de estas restricciones pasivas superan a sus costos, pero que no todos los conductores y pasajeros usan los cinturones de seguridad, ¿cómo podrían modificarse las reglas de responsabilidad de los ilícitos culposos para hacer que un mayor número de personas utilice el cinturón de seguridad?

NOTA WEB VII.1

Nos hemos referido a la creciente literatura sobre el derecho y la economía del comportamiento. Hay mucho de esa literatura que resulta relevante para el examen de la economía de la responsabilidad de los ilícitos culposos. Véase en nuestro sitio web una información mucho mayor sobre las conexiones existentes entre el derecho y la economía del comportamiento, por una parte, y el derecho de los ilícitos culposos, por la otra.

2. *Regulaciones*

En general, los reglamentos de incendios exigen que una tienda cuente con un extinguidor. Los inspectores verificarán de vez en cuando que la tienda cumpla con el reglamento. Si no cumple, los reguladores impondrán una multa. Si la tienda cumple y un incendio lesiona a un cliente, la tienda podría ser responsable por ese cliente en una causa de acción privada. En este ejemplo la tienda está sujeta a reglamentos de seguridad y a la responsabilidad. En el capítulo VI el modelo básico asume que los victimarios enfrentan la responsabilidad pero no los reglamentos. El hecho de que los victimarios a menudo enfrenten la responsabilidad y también los reglamentos plantea este interrogante: "¿por qué tener ambas cosas, reglamentos de seguridad y responsabilidad?" En nuestro ejemplo, si el derecho de la responsabilidad es adecuado para inducir la

precaución de seguridad, la tienda supuestamente mantendrá un extinguidor de incendios aun sin el reglamento. Y si la tienda cumple con el reglamento, es posible que el cliente lesionado busque la compensación de su compañía aseguradora, no de la tienda.

Si comparamos la responsabilidad y el reglamento, vemos que a veces uno es más eficiente que el otro, y a veces los dos juntos son más eficientes que cualquiera de ellos por sí solo. Una teoría general de la regulación de seguridad y de la responsabilidad de los ilícitos culposos debe distinguir estas alternativas. En lugar de tratar de elaborar una teoría amplia, esbozaremos algunos factores determinantes.[7]

Los administradores tienen poder para ordenar a los victimarios potenciales que corrijan una situación peligrosa antes de que ocurra un accidente, en tanto que los tribunales tienen poder para ordenar a los victimarios que compensen a las víctimas tras ocurrir un accidente. La regulación es un cumplimiento forzoso *ex ante* por parte de los administradores, y la responsabilidad es un cumplimiento forzoso *ex post* por parte de las víctimas. Esta diferencia determina muchas de las ventajas y desventajas de cada método.

Los administradores y los tribunales difieren en cuanto a la información. Los administradores pueden adquirir a menudo el conocimiento técnico necesario para evaluar la seguridad de industrias especializadas, mientras que los tribunales de jurisdicción general tienen dificultades para acumular conocimientos técnicos acerca de industrias especializadas. En estas circunstancias, los administradores pueden fijar normas mejor que los tribunales, de modo que el tribunal puede usar un reglamento de seguridad como la norma de cuidado para determinar la responsabilidad. Al aceptar que los reglamentos de seguridad definan la norma legal del cuidado para la responsabilidad de los ilícitos culposos, los tribunales ceden ante los administradores. Si el reglamento de seguridad y el derecho de la responsabilidad imponen la misma norma del cuidado, los victimarios potenciales se conformarán a esa norma a fin de evitar las multas *ex ante* y la responsabilidad *ex post*.

Sin embargo, los tribunales tienen a veces mejor información de seguridad que los administradores. Por ejemplo, un juicio puede dar a los jueces mejor información acerca del daño causado por un accidente que la que pueden obtener los administradores. Además, los tribunales a menudo tienen menos motivaciones políticas que los administradores. Los problemas de información o de motivación pueden hacer que un tribunal desconfíe de la norma legal impuesta por un reglamento de seguridad.

Los tribunales pueden pensar que los reguladores fijaron la norma demasiado baja para que los negocios que tienen poder político eviten la responsabilidad. En estas circunstancias, la norma del cuidado impuesta por el tribunal para la responsabilidad puede exceder al reglamento de seguridad. Si el derecho de la

responsabilidad impone una norma más alta que la de los reglamentos de seguridad, la mayoría de los victimarios potenciales se conformarán con la norma más alta a fin de evitar la responsabilidad.

De igual modo, los tribunales pueden pensar que los reguladores fijaron la norma demasiado alta a fin de reducir la competencia. Por ejemplo, los fabricantes de automóviles estadunidenses podrían buscar normas de seguridad elevadas a fin de aumentar los costos del cumplimiento para los competidores extranjeros. Si los reglamentos de seguridad imponen una norma más elevada que la del derecho de la responsabilidad, la mayoría de los victimarios potenciales se conformará con el reglamento a fin de evitar las multas.

Los reglamentos de seguridad son una fuente de sobornos para funcionarios corruptos en muchos países. A veces los funcionarios desean reglamentos duros para garantizar que sobornar a un funcionario sea más barato que cumplir los reglamentos. En los países donde los administradores son más políticos y corruptos que los jueces, la responsabilidad tiene una ventaja clara sobre la regulación.

Cuando la responsabilidad de los ilícitos culposos supera el patrimonio de un victimario, el victimario está en bancarrota. Algunas actividades riesgosas atraen a empresas descapitalizadas que pueden evitar la responsabilidad por medio de la quiebra. Las empresas altamente capitalizadas pueden evitar estas mismas actividades a fin de evadir el riesgo de la responsabilidad. En las industrias donde las empresas descapitalizadas se arriesgan a la bancarrota, los reglamentos de seguridad tienen una ventaja sobre la responsabilidad. Al cobrar multas antes de que ocurra un accidente, los funcionarios pueden obligar a una empresa descapitalizada a cumplir con normas de seguridad que se violarían si la responsabilidad fuera la única sanción.

Por último, consideremos los costos administrativos de las regulaciones y la responsabilidad. Los accidentes causan a veces daños pequeños para gran número de personas. Cuando el costo del juicio para cada una de las víctimas supera sus daños, para que opere el derecho de la responsabilidad se requiere reunir las reclamaciones como un juicio de demanda colectiva. A veces resulta más fácil agregar las reclamaciones en un procedimiento administrativo que en un procedimiento judicial. En general, los reglamentos de seguridad dominan a la responsabilidad como remedio para los accidentes que causan un daño pequeño a gran número de personas.

NOTA WEB VII.2

La notable historia de los esfuerzos que se han hecho para regular el daño causado por el uso del tabaco, y para declarar responsables a las compañías tabacaleras por tales daños, constituye un estudio particularmente instructivo de las relaciones existentes entre la responsabilidad y la regulación. Véase en nuestro sitio web un análisis de los casos del tabaco y de los arreglos celebrados en las litigaciones estadunidenses.

¿Cómo afecta el seguro nuestro análisis de la responsabilidad de los ilícitos culposos? Hasta ahora, nuestro análisis de diversas reglas e instituciones de los ilícitos culposos ha procedido como si nadie estuviera asegurado. En realidad, el seguro está generalizado para los accidentes y la responsabilidad de los ilícitos culposos. Ahora necesitamos discutir cómo interacciona el seguro con la responsabilidad de los ilícitos culposos y considerar si el seguro promueve u obstruye las metas del derecho de los ilícitos culposos, las cuales consideramos que minimizan la suma de los costos de la precaución, el daño accidental y los costos administrativos.

Una persona que se enfrenta al riesgo de daño accidental puede comprar un seguro. Cuando ocurre un accidente, una víctima que cuenta con seguro presenta una reclamación del seguro para obtener la indemnización de parte de su compañía de seguros. Además de obtener esta indemnización, en el derecho de los ilícitos culposos la víctima podría tener derecho para recibir una indemnización de parte del victimario. En principio, la víctima del accidente podría ser indemnizada dos veces, una vez por parte de la compañía de seguros y otra vez por parte del victimario. Sin embargo, por lo general el contrato del seguro transfiere los derechos de indemnización de la víctima a la compañía de seguros a través de lo que se llama "subrogación": la compañía de seguros sustituye al asegurado en el juicio de los ilícitos culposos por los daños que cubre la reclamación del seguro. Por ejemplo, el accidente podría ocasionar que la víctima pierda $100 en gastos médicos y $200 por el dolor. La víctima podría tener un seguro médico que cubra los gastos médicos pero no tiene un seguro que cubra el dolor. De modo que la víctima será indemnizada con $100 por parte de la compañía de seguros y con $200 por parte del victimario, y la compañía de seguros recuperará $100 por parte del victimario.

Además del seguro contra daños accidentales, muchas personas compran seguros de responsabilidad. En el ejemplo anterior, el victimario es responsable por $300. Si el victimario tiene seguro de responsabilidad plena, la compañía aseguradora del victimario pagará la responsabilidad del victimario de $300 ($200 a la víctima y $100 a la compañía aseguradora de la víctima).

En el ejemplo anterior, el seguro de la víctima es parcial (cubre los gastos médicos, pero no el dolor) y el seguro del victimario es total (cubre los gastos médicos y el dolor). A medida que un seguro se vuelve más completo, nos acercamos a una situación en la que las víctimas recuperan la totalidad de su indemnización por parte de las compañías de seguros, los victimarios recuperan el total de su responsabilidad de parte de las compañías de seguros y las compañías de seguros resuelven las disputas entre sí. En realidad, el seguro es un sistema privado del derecho de la responsabilidad que reasigna los costos de los accidentes según los contratos entre el asegurador y el asegurado. Dado que este sistema privado se vuelve más completo, los victimarios y las víctimas tratan

directamente con sus compañías de seguros, no entre ellos. En estas circunstancias, las personas se preocupan más por las tarifas del seguro y los términos de la cobertura, y se preocupan menos por la ley detrás de los accidentes (excepto en la medida en que esta última afecta al anterior).

Las compañías de seguros establecen las primas, las cuales proporcionan ingresos. Éstas también procesan las reclamaciones y las pagan, éstos son los costos de la actividad empresarial. En los mercados perfectamente competitivos, las empresas no obtienen ganancias. Aplicada a los mercados de seguros, esta propuesta implica que las primas son iguales a los reclamos más los costos de administración. Al principio formulamos el objetivo del derecho de los ilícitos culposos como la minimización de la suma del costo de los daños causados por los accidentes, los costos de evitar los accidentes y los costos de la administración. *En un sistema de seguro universal y de mercados de seguros competitivos, el objetivo del derecho de los ilícitos culposos puede describirse como la minimización del costo total de los seguros para los asegurados*.

Para ilustrar esta propuesta, contrastamos la ausencia de responsabilidad y la regla de la responsabilidad estricta. Con una regla de ausencia de responsabilidad, las víctimas potenciales compran un seguro contra accidentes, y los victimarios potenciales tienen poca necesidad de un seguro de responsabilidad. En cambio, con una regla de responsabilidad estricta los victimarios potenciales necesitan un seguro de responsabilidad y las víctimas potenciales tienen poca necesidad de un seguro contra esos accidentes de los que los victimarios son responsables. De modo que una regla de ausencia de responsabilidad hace que las víctimas compren relativamente más seguros, y una regla de responsabilidad estricta provoca que los victimarios compren relativamente más seguros.

¿Qué regla es más eficiente? Este debate sobre la política es históricamente importante. En el siglo XIX los consumidores afectados por productos defectuosos rara vez eran indemnizados en los tribunales, por lo que los consumidores que querían seguros tenían que comprarlos ellos mismos.[8] En esa misma época, la aparición de productos de responsabilidad estricta en el derecho de los ilícitos culposos realmente hacía que los fabricantes aseguraran a los consumidores, y los fabricantes generalmente compraban un seguro de responsabilidad para ellos mismos. Estos hechos provocaron una discusión acerca de si los seguros de las víctimas eran más o menos eficientes que los seguros de los victimarios. No podemos responder completamente a esta pregunta, pero podemos darle el sabor del debate.

En general, el seguro transfiere el riesgo de la parte asegurada (llamada el "asegurado") al asegurador. Transferir es sinónimo de externalizar. La externalización del riesgo otorga al asegurado un incentivo para reducir su precaución. La industria de los seguros, que es antigua y tiene su propio lenguaje, llama riesgo moral a la reducción de la precaución causada por el

seguro. Como ejemplo del riesgo moral, una persona que asegura su automóvil contra robo puede no ser tan cuidadosa para cerrarlo con llave.

Las compañías aseguradoras utilizan varios medios para reducir el riesgo moral, en particular el coaseguro, los deducibles y la clasificación por la experiencia. Con un deducible, el asegurado paga una cantidad fija en dólares de sus pérdidas accidentales. Con un coaseguro, el asegurado paga un porcentaje fijo de sus pérdidas accidentales. Con una clasificación por la experiencia, la compañía aseguradora fija las primas de acuerdo con la experiencia de reclamaciones del asegurado. Por ejemplo, una reclamación en el segundo año suele significar que la prima aumentará en el tercer año. Estos recursos reducen el riesgo moral, pero no pueden eliminarlo. En consecuencia, el seguro mina inevitablemente los incentivos del asegurado para tener precauciones.[9]

Para combatir este problema, las aseguradoras de responsabilidad imponen normas de seguridad que los asegurados deben cumplir para que el seguro los siga cubriendo. Por ejemplo, una compañía de seguros contra incendios podría solicitarle a una empresa que tenga extinguidores contra incendios, como condición para hacer una póliza de seguro. En la sección anterior contrastamos una regulación *ex ante* y con una responsabilidad *ex post*. Las compañías de seguros imponen normas *ex ante*. Las autoridades de la compañía podrían inspeccionar el cumplimiento. Las normas de seguridad de los seguros son regulaciones privadas impuestas por un contrato y aplicadas por los particulares, a diferencia de las regulaciones públicas impuestas por la ley y aplicadas por las autoridades del Estado. A fin de cuentas, los estudiosos del derecho generalmente consideran que los seguros promueven los objetivos del derecho de los ilícitos culposos y que deben fomentarse.[10]

Después de haber discutido los efectos de incentivo de los seguros, volveremos a la cuestión de cuál de las reglas, la de ausencia de responsabilidad o la de responsabilidad estricta, es la mejor para los daños causados por productos de consumo. La regla de la responsabilidad estricta tiene una clara ventaja sobre la de ausencia de responsabilidad en cuanto a la eficiencia de los mercados de seguros. Como se explicó, las compañías de seguros suelen establecer tarifas de acuerdo con el historial de las reclamaciones de un individuo a través del proceso de "valoración de la experiencia". Muchos de los reclamos ocasionan un cargo adicional, y pocos reclamos generan un descuento. Según una regla de responsabilidad estricta, una empresa que produce muchos productos defectuosos provoca muchas reclamaciones a su compañía de seguros y por lo tanto paga tarifas más altas. Este hecho crea incentivos para que el fabricante tome más precauciones para reducir sus reclamaciones mediante la reducción de los accidentes de consumo. Sin embargo, según una regla de ausencia de responsabilidad, estos incentivos para los productores desaparecen, donde los consumidores tienen que comprar su propio seguro. Uno de los principales argumentos a favor de la responsabilidad estricta para los daños por productos de

consumo es que esta regla hace que las aseguradoras de responsabilidad supervisen la seguridad de los fabricantes.

Algunos juristas critican la regla de la responsabilidad estricta bajo el argumento de que ofrece seguros no deseados a los consumidores. Por "no deseados", nos referimos a que los consumidores no comprarían los seguros voluntariamente si tuvieran que pagar por ellos. Por ejemplo, un automovilista estadunidense típico que se lesiona las rodillas cuando su automóvil derrapa en el hielo y se estrella recibirá compensación de su compañía aseguradora por los gastos médicos, los salarios perdidos y los daños del automóvil. Pero si el automovilista sufre una lesión idéntica debido a la culpa de otro conductor, recibirá compensación en el ilícito culposo por los gastos médicos, los salarios perdidos, el daño del automóvil, y el dolor y el sufrimiento. En general, el sistema de responsabilidad por ilícitos culposos provee efectivamente a los consumidores de un seguro contra el dolor y el sufrimiento que ellos no comprarían por sí mismos. En los casos de lesiones personales, la compensación del dolor y el sufrimiento puede ser relativamente grande, lo que implica que los consumidores tienen muchos seguros no deseados. (Más adelante discutimos cómo un mercado para las reclamaciones de ilícitos culposos puede resolver este problema al permitir que las víctimas potenciales de accidentes vendan los derechos de responsabilidad no deseados.)

Hemos introducido al lector a la compleja interacción existente entre las reglas de la responsabilidad y los mercados de seguros. Antes de abandonar el tema, queremos explicar un problema de los mercados de seguros. En 1985 y 1986 ocurrió en los Estados Unidos y en otras partes una "crisis" en los seguros contra la responsabilidad, sobre todo en lo tocante al seguro contra la mala práctica médica. Durante la crisis, las compañías aseguradoras abandonaron algunas líneas de seguros, se negaron a renovar las pólizas de algunas personas y compañías, bajaron los límites de cobertura de algunos seguros, y aumentaron marcadamente algunas primas. La crisis plantea este interrogante: "¿Es inherentemente inestable la industria de los seguros?" La respuesta explica algunas características fundamentales de la industria de los seguros.

La respuesta podría ser "sí" por dos razones. La primera razón se refiere a las "reservas" que mantiene la compañía aseguradora. La política de las compañías sólidas y las regulaciones del Estado solicitan a las compañías de seguros que aparten una fracción de sus ingresos por las primas en reserva para cubrir las reclamaciones futuras. Para algunos riesgos de los seguros pueden ocurrir muchas reclamaciones a la vez. Por ejemplo, el seguro contra terremotos no genera reclamaciones en la mayoría de los años, y genera vastas reclamaciones cuando ocurre efectivamente un gran terremoto. En consecuencia, la compañía aseguradora debe utilizar las primas de los años en que no hay reclamaciones para fortalecer sus reservas ("financiamiento de las reservas"). Una compañía aseguradora tiene a veces reservas mayores que las que necesita para cubrir un

riesgo dependiente. Si una compañía aseguradora tiene reservas excesivas, podrá aumentar la oferta de seguros a bajo costo. En otras ocasiones las compañías aseguradoras no tienen exceso de reservas, de modo que no pueden extender más pólizas de seguros sin aumentar sus reservas o liquidar las inversiones que han hecho con sus otros ingresos por primas. El cambio del nivel de las reservas puede resultar muy costoso a causa de las consecuencias fiscales.[11] Una teoría sostiene que las crisis de seguros ocurren porque las compañías aseguradoras agotan sus reservas.

La segunda explicación tiene un carácter muy diferente. Supongamos que aumentan las primas de los seguros y que algunas personas dejan de comprar seguros. Las personas que conservan su seguro representan el riesgo peor, de modo que la compañía aseguradora puede tener que incrementar de nuevo las primas. Por ejemplo, supongamos que hay una probabilidad de 20% de que yo sufra un accidente que cuesta $10 000 y una probabilidad de sólo 15% de que usted sufra ese accidente. Si ambos estamos asegurados, yo espero recuperar $2 000 de reclamaciones a la compañía aseguradora, mientras que usted espera recuperar $1 500 en reclamaciones. Supongamos que la compañía aseguradora nos ofrece la misma póliza de seguro por la misma prima, digamos $1 500. No me cobra más que a usted porque no tiene suficiente información para diferenciar entre nosotros (o quizá los reguladores no permiten la "discriminación de precios"). Ambos compramos el seguro porque la prima es igual o (en mi caso) menor que el valor esperado de la reclamación, y es probable que ambos tengamos aversión al riesgo. La compañía de seguros recauda en total $3 000 en primas y espera pagar $3 000 en reclamaciones, de modo que su ganancia es igual a cero, como lo requiere la competencia perfecta.

Obsérvese lo que ocurriría si la compañía aseguradora aumentara las primas a $1 600. Usted tiene mayor probabilidad que yo de optar por abandonar su póliza. (¿Por qué?) Pero si usted abandona su póliza, la compañía aseguradora pierde un buen riesgo (usted) y conserva un mal riesgo (yo). Ahora la compañía aseguradora recauda $1 600 en primas y espera pagar $2 000 en reclamaciones, de modo que espera perder $400. Para superar esta pérdida debe aumentar las primas de nuevo. (¿Ahora a qué nivel tiene que elevar su prima la empresa?) Las primas deben aumentarse por segunda vez porque el primer aumento hizo que los buenos riesgos dejaran de comprar la póliza, mientras que los malos riesgos continuaron comprándolas.*

Este fenómeno, por el que un aumento de las primas de seguros expulsa a los buenos riesgos al mismo tiempo que retiene a los malos, se llama "selección adversa". La segunda explicación de la crisis de los seguros sostiene que el aumento de las reclamaciones desató una cascada de aumentos de las primas debido a la selección adversa. Las reservas agotables y la selección adversa crean inestabilidad en la oferta de seguros.[12]

PREGUNTA VII.2

¿Son eficientes las cláusulas de subrogación? Asegúrese de revisar su respuesta a la luz de la sección que aparece más adelante acerca de los costos de litigación y sus efectos sobre la eficiencia del sistema de responsabilidad de los ilícitos culposos.

4. *Bancarrota*

De acuerdo con los supuestos explicados en el capítulo VI, la responsabilidad estricta hace que la empresa internalice el costo social de los accidentes, de modo que escoge los niveles de actividad y de cuidado socialmente óptimos. La posibilidad de evadir la responsabilidad mediante la bancarrota cambia esta conclusión. Cuando los daños potenciales de las víctimas de los ilícitos culposos superan al patrimonio de la empresa, ésta externaliza una parte del riesgo, lo que erosiona sus incentivos para tomar precauciones y restringe el nivel de su actividad. La responsabilidad limitada puede causar una precaución demasiado escasa y una actividad demasiado peligrosa.

Consideremos el ejemplo de una compañía que maneja desechos peligrosos. Si esa compañía planeara permanecer en el negocio indefinidamente, podría usar un cuidado extremo en el manejo de los desechos peligrosos a fin de evitar la responsabilidad futura. O bien, podría seguir la estrategia de tirar descuidadamente los desechos y acumular responsabilidades potenciales de ilícitos culposos que excedan a sus activos. Previendo la responsabilidad futura y la bancarrota, la empresa distribuye continuamente utilidades y permanece descapitalizada. Cuando el daño ocurre y los juicios empiezan, la empresa se declara en bancarrota y las víctimas del ilícito culposo se suman a otros acreedores insatisfechos.

Este escenario sugiere que las empresas de industrias riesgosas tendrán demasiados accidentes y demasiado poco capital, lo que baja la producción y distorsiona la relación capital-mano de obra. Además, si la responsabilidad del ilícito culposo causa la bancarrota y la liquidación, se destruyen los activos no transferibles de la empresa, tales como su reputación ("buena voluntad"), organización y el conocimiento que tienen sus empleados acerca de cómo conduce el negocio la compañía ("capital humano específico de la empresa"). De este modo, cuando se evade la responsabilidad mediante la insolvencia se causan ineficiencias considerables.

Sin embargo, un artículo reciente sostiene que nuevas técnicas para no ser procesado permiten que las corporaciones eviten la responsabilidad de los ilícitos culposos sin descapitalizarse.[13] Primero, una corporación puede ubicar las actividades riesgosas en una subsidiaria, que es una compañía separada propiedad de la corporación matriz. Es raro que los tribunales dejen a una subsidiaria en bancarrota para llegar a los activos de la matriz. Hay algunos indicios de que la responsabilidad hace que las empresas estadunidenses se

separen y ubiquen las actividades peligrosas en empresas más pequeñas.[14] Algunos juristas aconsejan a los tribunales estadunidenses que "descorran el velo corporativo" y extiendan la responsabilidad de los ilícitos culposos a la matriz de una subsidiaria, o a personas dueñas de acciones de las corporaciones en bancarrota. La investigación de Richard Brooks sobre el Exxon Valdez, que era un tanque petrolero de Exxon cuyo hundimiento contaminó la costa de Alaska, en la primavera de 1989, demuestra que las compañías petroleras aparentemente creen que los tribunales descorrerán el velo corporativo.[15] Específicamente, las grandes compañías petroleras respondieron a la responsabilidad masiva transportando más petróleo en sus propios barcos, los cuales controlan, en lugar de tratar de escapar a la responsabilidad contratando a compañías navieras para transportar su petróleo.

Segundo, en caso de bancarrota, los acreedores asegurados tienen prioridad sobre otros acreedores que no están asegurados, incluidas las víctimas de ilícitos culposos. Al asegurar más de la deuda de la corporación, una gran parte de sus activos estará blindada contra las reclamaciones de las víctimas de ilícitos culposos.

Tercero, las empresas a menudo tienen un ingreso esperado, como pagos futuros provenientes de los compradores de los productos de la empresa ("cuentas por cobrar"). En un proceso llamado "bursatilización", las empresas convierten el ingreso esperado en valores que venden a inversionistas.[16] Después de la bursatilización, el ingreso pertenece a los propietarios de los valores, de modo que las víctimas de ilícitos culposos no pueden tomar este ingreso como una fuente de compensación.

La distorsión de los incentivos para la precaución causados por la insolvencia no tiene una solución perfecta. Las soluciones imperfectas incluyen el seguro obligatorio, el otorgamiento de fianzas o la sustitución de la responsabilidad *ex post* por las regulaciones *ex ante*. Además, la sustitución de las reglas de la responsabilidad estricta por la regla de la negligencia alivia el problema. Una regla de negligencia permite que una empresa escape de la responsabilidad conformándose a la norma del cuidado legal. Habiendo escapado de la responsabilidad, la empresa ya no tiene necesidad de proteger sus activos contra los juicios de ilícito culposo. En cambio, una regla de responsabilidad estricta sólo permite que una empresa escape de la responsabilidad mediante la insolvencia.[17]

5. *Costos de la litigación*

El último supuesto fundamental de la teoría económica de la responsabilidad de ilícitos culposos fue que la litigación no cuesta nada. Por supuesto, nada podría estar más lejos de la verdad: la litigación es muy cara y a veces incluso ruinosa. Un análisis más completo de la eficiencia de las diversas reglas de

responsabilidad que hemos analizado debería introducir explícitamente estos costos.[18]

La litigación costosa tendrá diferentes efectos sobre las víctimas potenciales y los victimarios potenciales. Además, estos efectos diferentes tendrán implicaciones muy distintas para el análisis de la eficiencia del capítulo VI.

Consideremos en primer término el efecto de la litigación costosa sobre las víctimas potenciales. Si las víctimas deben incurrir en un costo para hacer valer sus reclamaciones de una compensación, quizá hagan valer menos reclamaciones. Consideremos un caso extremo en el que los costos de litigación superan el pago esperado de los daños compensatorios. Las víctimas no demandarán, y así los victimarios potenciales no recibirán la señal del sistema de responsabilidad de ilícitos culposos de que lo que están haciendo es inaceptable. En consecuencia, los victimarios potenciales tomarán menos precauciones de las necesarias, de modo que podría haber más accidentes (y accidentes más severos) de los que debería haber.

Sin embargo, la litigación costosa puede tener un efecto contrario sobre las decisiones de los victimarios potenciales. Si es cara la litigación para un victimario, podría justificarse que se tomen más precauciones que en el caso contrario. Tomando más precauciones, el victimario potencial hace que un accidente sea menos probable o menos grave; si el costo de esta precaución adicional es menor que el costo de la litigación, deberíamos esperar que los victimarios potenciales tomaran precauciones adicionales cuando la litigación es costosa. En consecuencia, debería haber menos accidentes y accidentes menos graves.

En virtud de que los efectos de la litigación costosa sobre las víctimas potenciales y los victimarios potenciales tiran en direcciones diferentes (uno sugiere menos precaución; el otro sugiere más precaución), no podemos estar seguros del efecto neto del relajamiento del supuesto de la litigación sin costo.

Los altos costos de la litigación tienen una implicación contradictoria inquietante, que ilustramos al contrastar dos posibles reglas de procedimiento legal. De acuerdo con el primer procedimiento, supongamos que cuando un demandante se queja de que un criminal le causó daños por $100, el juez escucha el caso y otorga el pago de daños de $100 siempre y cuando el demandante pruebe los hechos necesarios. Según el segundo procedimiento, supongamos que cuando un demandante se queja de que un criminal le causó daños por $100, el juez lanza una moneda y descarta la denuncia sin un juicio siempre y cuando la moneda caiga “cara”. Sin embargo, si la moneda cae “cruz” el tribunal decide el caso y otorga el pago de daños equivalente al 200% del daño real. La responsabilidad esperada del victimario es la misma para ambos procedimientos -1.0 × 100 según el antiguo procedimiento, y 0.5 × 200 según el nuevo procedimiento. Si los victimarios potenciales deciden cuánta precaución se debe tomar con base en la responsabilidad esperada, entonces el cambio en el

procedimiento no afectará su comportamiento, por lo que la suma del costo de los daños de los accidentes y el costo de evitar los accidentes sigue siendo el mismo, aparentemente. Sin embargo, el nuevo procedimiento ha reducido el número de juicios en un 50%, por lo que los costos administrativos son mucho menores según el segundo procedimiento.[19]

Cambiar nuestro sistema legal del primer procedimiento al segundo ahorraría costos, pero esto no va a suceder. un juez que realmente decidiera un caso al lanzar una moneda provocaría indignación y censura. Aun así, el ejemplo hace esta observación importante: un sistema jurídico puede ahorrar costos administrativos mediante la reducción de la probabilidad de la responsabilidad y la compensación de esta falla con un aumento en el pago de daños. En el capítulo XIII volveremos al punto equivalente en el derecho penal cuando hablemos de multas penales en lugar de la responsabilidad civil.

PREGUNTA VII.3

Utilice la teoría económica de la negociación para caracterizar los ilícitos culposos en los que son probablemente grandes los costos de transacción del arreglo de las disputas. (Pista: recuerde la distinción trazada entre los males públicos y los males privados.)

PREGUNTA VII.4

¿Para cuál norma de responsabilidad esperaría que los costos de litigación fuesen mayores: la negligencia o la responsabilidad estricta? ¿Por qué? ¿Es ése un argumento de eficiencia adicional para preferir una norma a la otra?

6. *Conclusión*

Tomando todo en cuenta, ¿cuál es el resultado final del relajamiento de los supuestos fundamentales para las conclusiones del capítulo anterior? Quizá parezca sorprendente saber que las conclusiones del modelo económico subsisten casi intactas. Hemos visto que puede justificarse la relajación del supuesto de racionalidad, y que cuando se relaja tal supuesto, la teoría económica nos ayuda a entender la manera en que el derecho de los ilícitos culposos debería tomar en cuenta las imperfecciones cognoscitivas de aquellos cuyo comportamiento tratan de afectar. Vimos también que el relajamiento del supuesto de que no hay un seguro de primera persona o de terceros no cambia los resultados de la teoría económica de la responsabilidad de los ilícitos culposos: cuando hay seguro, coaseguro, deducibles, cláusulas de subrogación y además la amenaza implícita de mayores primas o de cancelaciones de las pólizas, se preservan los incentivos de los victimarios potenciales para obrar con el cuidado óptimo y los incentivos de las víctimas potenciales (por medio de sus aseguradoras) para demandar a fin de inducir a los victimarios potenciales a internalizar los costos sociales de su falta de cuidado. Tampoco la presencia de otras políticas sociales, tales como las regulaciones de seguridad, nos obliga a

cambiar alguna de nuestras conclusiones económicas. Estas políticas sociales alternativas requieren alguna explicación de la mejor coordinación de la responsabilidad de los ilícitos culposos y las regulaciones de seguridad, y de que es probable que la coordinación requiera un entendimiento de los dilemas económicos involucrados. Por último, el hecho de que la litigación sea costosa no requiere que se cambie nuestro modelo económico. Más bien, hemos visto que la litigación costosa apunta en direcciones diferentes: por una parte, puede inducir a las víctimas potenciales a abstenerse de demandar (lo que permite que el victimario potencial no asuma los costos totales de su descuido y los invite a tener menos cuidado en el futuro); por otra parte, pueden inducir a los victimarios potenciales a tener más cuidado (si el hecho de tener más cuidado vuelve menos probables o menos graves los accidentes, y si ello es más barato que los costos de la litigación).

B. *Extensión del modelo básico*

El modelo económico que hemos venido explorando en este capítulo y el anterior no sólo explica las cuestiones generales de los propósitos de la responsabilidad de los ilícitos culposos y las diferencias existentes entre la negligencia y la responsabilidad estricta, sino que también nos ayuda a entender algunas de las doctrinas más especiales de la responsabilidad de los ilícitos culposos. En esta sección mostraremos cómo se aplica la teoría económica a ciertos casos especiales —por ejemplo, la responsabilidad de los empleadores por los ilícitos culposos de sus empleados— y ciertas cuestiones que se encuentran en las fronteras de la responsabilidad de los ilícitos culposos.

1. *Responsabilidad vicaria*

Hay ciertas circunstancias en las que una persona puede ser considerada responsable de los ilícitos culposos cometidos por otra. Cuando esto ocurre, decimos que el tercero es vicariamente responsable de los actos del victimario. La responsabilidad vicaria puede extenderse de un agente a su principal o de un hijo dependiente a su padre, pero el caso más común de la responsabilidad vicaria es el de la responsabilidad de los empleadores por los ilícitos culposos de sus empleados, de acuerdo con la doctrina de *respondeat superior* ("que el amo responda"). Lo fundamental de esta doctrina es que un empleador deberá responder por los ilícitos culposos no intencionales de un empleado si estaba "actuando dentro del ámbito de su empleo". Por ejemplo, un empleador le dice a un empleado que nunca conduzca el camión de la empresa a una velocidad mayor que el límite. El empleado acelera y el camión sufre un accidente. El empleador es el responsable.

¿La doctrina de *respondeat superior* induce el comportamiento eficiente por parte de los empleadores y los empleados? La regla crea un incentivo para que el

empleador obre con cuidado en la selección de sus empleados, en la asignación de diversas tareas, y al decidir con cuáles herramientas los equipa, al capacitarlos, supervisarlos, etc. Esto es eficiente si ocurre —como parecería ser en general— que los empleadores están mejor ubicados que los empleados para tomar estas decisiones.[20]

Al hablar de la responsabilidad de los ilícitos culposos, suele hacerse la distinción entre dos reglas: la responsabilidad estricta y la de negligencia. Nuestro análisis de la diferencia se aplica a la responsabilidad vicaria. Según la responsabilidad estricta vicaria, el empleador es estrictamente responsable de los ilícitos culposos que cometa el empleado. Según la responsabilidad de negligencia vicaria, el empleador que monitoree negligentemente al empleado es responsable de los ilícitos culposos que éste cometa. Cambiar de la negligencia a la responsabilidad estricta aligera la carga de la prueba para el demandante. Por ejemplo, una enfermera descuidada podría dañar a un paciente. Para recuperar el pago de daños de parte del hospital bajo una regla de responsabilidad estricta vicaria, el paciente debe probar que alguien le ocasionó un daño en el hospital, lo que es relativamente fácil. Para recuperar el pago de daños de parte del hospital bajo una regla de responsabilidad vicaria negligente, el paciente debe probar que el hospital supervisó a la enfermera negligentemente, lo que es relativamente difícil. Ya se discutió este argumento a favor de la responsabilidad estricta cuando estudiamos los daños por productos de consumo.

Hemos dado un argumento del costo de la información que favorece la preferencia de una regla de responsabilidad estricta vicaria por parte de los empleadores en vez de una regla de responsabilidad de negligencia vicaria. Otro argumento va en la dirección contraria. Por ejemplo, un marinero en un barco petrolero podría verter petróleo de una manera negligente en una playa pública durante la noche. Al informar a las autoridades rápidamente acerca del accidente reducirá el daño resultante y el costo de la limpieza. El capitán del barco podría ser la única persona, además del marinero, que sabe de la ocurrencia del daño o quién puede demostrar que la contaminación provino del barco. La responsabilidad estricta vicaria le da al capitán un incentivo para no decir nada, con la esperanza de evadir la detección. En cambio, una regla de responsabilidad de negligencia vicaria da al capitán un incentivo para revelar el daño a las autoridades inmediatamente. Mientras que el capitán pueda demostrar que supervisó cuidadosamente al marinero, la regla de responsabilidad de negligencia vicaria permite que el capitán evada la responsabilidad. En comparación con una regla de responsabilidad estricta vicaria, una regla de responsabilidad de negligencia vicaria alienta a los empleadores a informar más sobre las malas acciones de los empleados.[21]

PREGUNTA VII.5

¿Qué diremos si ha ocurrido un accidente porque un empleado estaba realizando una tarea para la

que no estaba calificado pero le había dicho falsamente al empleador que *sí* lo estaba? ¿Debería ser el empleador todavía responsable por las pérdidas de la víctima de acuerdo con el *respondeat superior*?

PREGUNTA VII.6

El derecho común no consideraba responsables a los padres por los ilícitos culposos no intencionales de sus hijos, a menos que la supervisión negligente de los padres hubiese generado directamente el ilícito. Pero el derecho común sí consideraba a los esposos vicariamente responsables de los ilícitos culposos de sus esposas (una regla que ya ha sido abrogada por un estatuto). ¿Puede usted ofrecer una explicación de eficiencia para estas reglas del derecho común?

PREGUNTA VII.7

En muchos estados de la Unión Americana, un cantinero (según las leyes llamadas de "cantinas"), amigo, anfitrión u otra persona que sirva licor a una persona que esté en estado de ebriedad es considerado vicariamente responsable de todos los daños que esa persona inflija subsecuentemente a otra persona o a su propiedad. ¿Tiene sentido económico esta forma de la responsabilidad vicaria?

2. *Responsabilidad conjunta y separada con y sin contribución*

Cuando varias partes causan daño a alguien, surge el problema de saber a quién puede demandar la víctima y cómo deberían repartirse los daños entre ellas. Por ejemplo, supongamos que usted sufre una pérdida de $100 en un accidente causado por dos personas llamadas A y B. Esas personas son conjuntamente responsables si usted puede demandarlas a ambas a la vez, designando a A y a B como codemandados y recibiendo una sentencia de $100 en su contra. Ellas son separadamente responsables si usted puede demandar ya sea a A o a B por separado, designando a cada una de ellas como demandado en un juicio diferente y recuperando $100 de cada uno.

Supongamos que el demandante opta por recuperar sus daños de sólo uno de varios victimarios. ¿Podrá ese demandado obligar entonces a los otros victimarios a contribuir al pago de los daños? En el derecho común de los ilícitos culposos no intencionales, el demandado no tenía generalmente ningún derecho a la contribución, como se le llama, de otros victimarios conjuntos. Esta regla severa en contra de la contribución ha sido abrogada, casi siempre mediante un estatuto, pero a veces mediante una decisión judicial, en casi todos los estados.[22] Por lo general, la ley resta la contribución de una de las partes de la compensación debida por la otra. Por ejemplo, si A y B le causan conjuntamente un daño de $100 y usted se arregla con A por $40, el límite superior en un juicio contra B es de $60.

Decimos que los demandados son "conjunta y separadamente responsables" si cada uno de ellos es responsable de todos los daños de la víctima, no sólo de una

parte de ellos. El demandante puede proceder conjuntamente en contra de todos sus victimarios o puede optar por recuperar todos los daños de sólo algunos de ellos o de sólo uno de ellos. (En general, los demandantes proceden contra los demandados que tienen "bolsas profundas", es decir, los recursos necesarios para compensar al demandante.) En los Estados Unidos, la ley efectiva en la mayoría de los casos que implican a varios victimarios es la "responsabilidad conjunta y separada con contribución". En virtud de que la responsabilidad es "conjunta y separada", el demandante puede demandar a los victimarios conjunta o separadamente, según lo prefiera. En virtud de que la ley permite la "contribución", la recuperación queda limitada a 100% del valor del daño. (El derecho común reconocía dos circunstancias en las que se aplicaría la responsabilidad conjunta y la responsabilidad separada.)[23]

Hay varias razones económicas para el establecimiento de la responsabilidad conjunta y separada. Una es que así se libera a la víctima de los costos potencialmente elevados de probar quién causó el daño. La doctrina permite que la víctima afirme que una de estas personas, y quizá muchas de ellas, causaron los daños sin incurrir en los costos especiales de demostrar quién fue el responsable y en qué proporción. En esencia, la doctrina impone a los demandados los costos de la aclaración precisa de los hechos. Imaginemos una situación en la que un paciente es anestesiado y llevado a cirugía. Durante la operación, alguien lesiona al paciente. Más tarde, el paciente demanda a todos los que estaban presentes en la sala de operaciones, pero por razones obvias no puede decir quién le causó la lesión.

Otra razón económica de la responsabilidad conjunta y separada es que se vuelve más segura la indemnización de la víctima al permitirle que proceda en contra de los demandados que tienen más activos con los cuales pagar los daños. Supongamos que un automovilista sin seguro viaja a gran velocidad, brinca un bache, pierde el control de su automóvil y le pega a otro automóvil, lesionando gravemente a su conductor. Supongamos para simplificar que 90% de la culpa es imputable al conductor acelerado y 10% de la culpa es imputable al gobierno municipal por no tapar el bache. La víctima tendrá dificultades para recuperar algo del conductor acelerado porque no tiene seguro y quizá tenga recursos limitados. Pero si la ley permite que la víctima considere responsables conjunta y separadamente al automovilista y al gobierno municipal, y si la víctima puede probar que el gobierno municipal fue negligente en el mantenimiento del pavimento, la víctima podrá recuperar 100% de sus pérdidas del gobierno municipal. El gobierno municipal enfrenta entonces la tarea imposible de tratar de recuperar 90% del daño que pagó de manos del conductor acelerado que no tiene seguro ni recursos.

Otra cuestión económica se refiere a la contribución y la eficiencia. ¿Es más eficiente una regla de contribución o una regla de no contribución? La regla de no contribución hace que todos los demandados internalicen el costo de los

accidentes, creando así incentivos para la precaución óptima de cada uno de ellos. En cambio, la regla de la contribución hace que cada uno de los demandados internalice una parte del costo de los accidentes y externalice otra. En virtud de que los costos se externalizan en parte, la regla de contribución podría no crear incentivos para la precaución óptima de cada uno de los demandados. En el ejemplo donde A y B están jugando carreras con sus automóviles y uno atropella al peatón C, los incentivos óptimos requieren que A asuma el costo total del accidente y que B asuma el costo total del accidente.[24]

Aunque la regla de no contribución crea incentivos eficientes para la precaución de los victimarios conjuntos, también puede, como ya señalamos, cambiar a las víctimas renuentes en víctimas ambiciosas. Por ejemplo, si C recibe el pago de daños perfectamente compensatorio de manos de A, entonces C es indiferente entre no accidente y un accidente. Si C recibe un pago de daños perfectamente compensatorio de manos de A y también de manos de B, entonces C prefiere un accidente a no accidente. Es posible que el fenómeno de las víctimas ambiciosas explique por qué la ley prefiere la contribución a la no contribución.

Muchos estados han reformado la responsabilidad conjunta y la responsabilidad separada para reducir la capacidad de la víctima para recuperar todos los costos del victimario de manos del victimario con los bolsillos más profundos. Después de estas reformas, la víctima debe recuperar algunos daños de los victimarios con bolsillos poco profundos. Un estudio econométrico cuidadoso encontró que estas reformas causaron reducciones en la tasa de mortalidad accidental en los Estados Unidos. La explicación de los autores es que las reformas aumentan los incentivos para la precaución de parte de los victimarios con bolsillos poco profundos, y su precaución reduce los accidentes al mínimo.[25]

NOTA WEB VII.3

Cuando hay varios demandados, a veces ocurre que uno o más llegan a un acuerdo con el demandante para arreglar sus reclamaciones y luego mantienen en secreto la existencia de tal acuerdo para los otros demandados. Tales acuerdos se llaman "acuerdos de Mary Carter" por el caso en el que surgieron por primera vez. Véase en nuestro sitio web una historia y un análisis económico de los acuerdos de Mary Carter.

NOTA WEB VII.4

Describimos un poco de literatura empírica reciente sobre "acuerdos altos y bajos" entre demandantes y demandados.

3. *Incertidumbre probatoria y negligencia comparativa*[26]

En el capítulo anterior discutimos varias formas de la regla de la negligencia: negligencia simple, negligencia con negligencia contributiva y negligencia

comparativa. Durante la mayor parte de los últimos 200 años, la negligencia con negligencia contributiva ha sido no sólo la forma dominante de la regla de la negligencia, sino también la regla de la responsabilidad del ilícito culposo dominante en los países del derecho común. Sin embargo, todo esto ha cambiado durante los últimos 40 años. Ahora, todas las entidades de los Estados Unidos han modificado su derecho de los accidentes de tal modo que la norma de responsabilidad prevaleciente es de negligencia comparativa para los ilícitos culposos no relacionados con productos. El cambio se ha realizado principalmente a través de estatutos, pero una minoría de los estados ha adoptado la regla por decisión judicial. En la mayoría de los países de derecho civil de Europa, el principio de la negligencia comparativa se adoptó mucho tiempo antes que en los Estados Unidos. En esta sección explicaremos brevemente cómo funciona la regla de la negligencia comparativa y cómo difiere de la regla de la negligencia con negligencia contributiva. Luego mostraremos cómo algo llamado "incertidumbre probatoria" puede originar un argumento de eficiencia en favor de la negligencia comparativa.

La razón de que surgiera la negligencia comparativa se encuentra simplemente en una gran insatisfacción con la regla de la negligencia contributiva. Recuérdese que un demandante que hubiera sido contributivamente negligente no podía recuperar nada del demandado, ni siquiera de un demandado negligente. A muchos observadores esta regla les pareció demasiado severa. Para entender por qué, imaginemos que ha ocurrido un accidente automovilístico; el demandante y el demandado iban conduciendo su automóvil. Supongamos que la violación del límite de velocidad constituye una negligencia y que las pruebas demuestran que el demandante iba a 55 kilómetros por hora en la zona de 50 kilómetros por hora, mientras que el demandado iba a 100 kilómetros por hora en esa misma zona. Según la regla que impide la recuperación para un demandante que ha sido contributivamente negligente, el demandante no podrá recuperar nada. Esto parece excesivo porque la negligencia del demandante era trivial en comparación con la del demandado.

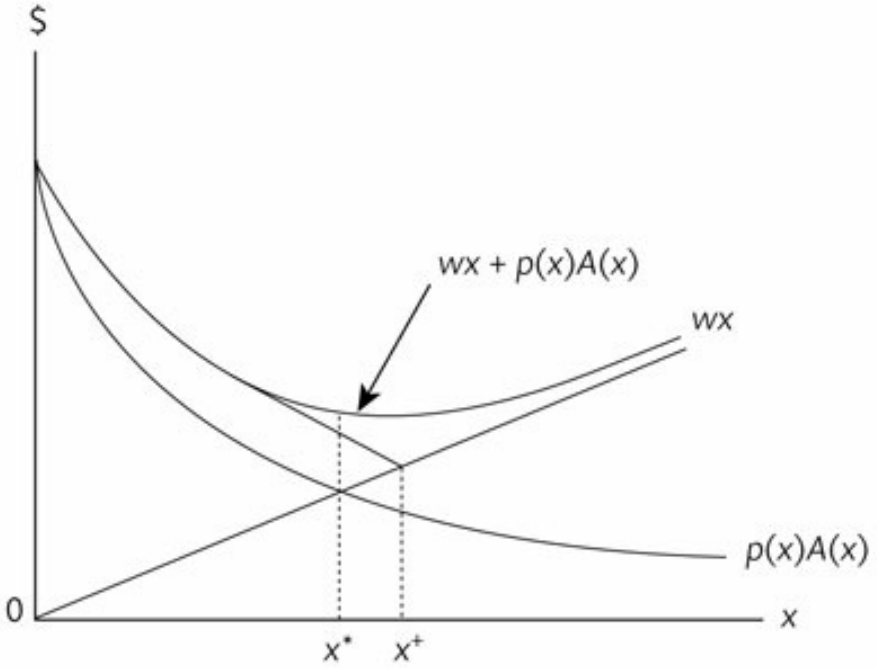
A fin de evitar este resultado desagradable, la mayoría de las jurisdicciones encontraron un procedimiento para limitar el alcance de la regla de la negligencia contributiva; por ejemplo, por medio de la doctrina de la última oportunidad clara.[27] Pero finalmente estas limitaciones de la aplicación de la regla de la negligencia contributiva dejaron su lugar a la negligencia comparativa.

La diferencia principal entre la negligencia comparativa y la regla de la negligencia con negligencia contributiva es el hecho de que, según la negligencia comparativa, la culpa contributiva del demandante es una limitación parcial, pero no completa, a la recuperación de un demandado negligente. De acuerdo con la negligencia comparativa, por lo general el victimario negligente debe algo a la víctima negligente, pero no una compensación completa.[28]

El argumento equitativo es la justificación principal del cambio a la negligencia

comparativa. Sin embargo, hay algunos argumentos de la eficiencia económica en favor de la negligencia comparativa. Estos argumentos requieren el relajamiento de por lo menos uno de los supuestos fundamentales que hicimos en el capítulo anterior. Recuérdese que la teoría económica básica de la responsabilidad de los ilícitos culposos del capítulo VI demostró que todas las formas de la regla de la negligencia (simple, contributiva y negligencia comparativa) eran igualmente eficientes. Sólo podremos trazar distinciones de eficiencia entre ellas relajando uno de los supuestos fundamentales. Supongamos que, en un caso de negligencia, la litigación es costosa en el sentido de que no se sabe con certeza cómo evaluará el tribunal las pruebas presentadas en el juicio. Por lo tanto, ni el demandante ni el demandado pueden estar seguros de que el tribunal determinará que su comportamiento precautorio era suficiente para absolver de culpa a uno de ellos. Por ejemplo, es posible que el tribunal determine que la precaución de una de las partes fue insuficiente, aunque esa parte creyera que había cumplido con la obligación relevante de obrar con el cuidado adecuado; o bien, el tribunal podría decidir que una de las partes no fue negligente cuando en realidad esa parte estaba violando la norma del cuidado legal. Podemos llamar a esta condición la "incertidumbre probatoria".

GRÁFICA VII.2. *La incertidumbre probatoria suaviza la discontinuidad a nivel de la norma del cuidado legal e induce una precaución adicional por parte del victimario potencial*



Estas posibilidades de error pueden influir en las decisiones precautorias de un victimario potencial. Suponemos, como parece realista, que la probabilidad de

que los victimarios potenciales sean declarados no responsables aumenta a medida que aumenta su precaución. La gráfica VII.2 muestra el impacto de este hecho sobre los costos esperados. El efecto de la incertidumbre probatoria es el suavizamiento de la discontinuidad de la responsabilidad esperada con la norma legal (presunta) que desarrollamos en el capítulo VI. El suavizamiento ocurre porque los costos esperados de los victimarios son un promedio ponderado de sus costos cuando son responsables y sus costos cuando no son responsables, estando dadas las ponderaciones por la probabilidad de que los victimarios sean declarados responsables. El efecto se indica en la gráfica VII.2 por la curva que conecta la curva del costo esperado y la línea del costo de la precaución. La incertidumbre acerca de la evaluación que hará el tribunal del nivel de la precaución de una parte, en lo tocante a la norma legal del cuidado, induce a la mayoría de los victimarios a tomar más precauciones que las prescritas por la norma del cuidado legal. En efecto, los victimarios se otorgan a sí mismos un margen de error para estar seguros de que evitarán la responsabilidad. Este comportamiento se representa en la gráfica VII.2, que ilustra el hecho de que los costos de un victimario se minimizan sobre la curva suavizada en x^+, que es un nivel de precaución mayor que el de la norma legal x^*.

La incertidumbre probatoria hace que los victimarios potenciales vayan más allá del nivel de precaución que podría apenas exonerarlos.[29] Es decir, la incertidumbre probatoria causará una precaución excesiva en relación con el nivel eficiente de la precaución.

Este resultado es cierto según cualquier forma de la regla de negligencia. ¿Qué ventaja de eficiencia, si es que hay alguna, ofrece la negligencia comparativa cuando hay incertidumbre probatoria? La precaución excesiva causada por la incertidumbre probatoria es menor según la negligencia comparativa que según cualquier otra forma de la regla de la negligencia. La razón simple es que, de acuerdo con la negligencia comparativa, si cualquiera de las partes comete un error al elegir el nivel de precaución necesario para satisfacer la norma del cuidado legal, la consecuencia de ese error no afecta por entero a la persona que lo cometió, como ocurriría de acuerdo con cualquier otra forma de la regla de negligencia, porque según la negligencia comparativa se reparten las pérdidas entre las dos partes, en lugar de concentrarse en una sola de las partes.

Una crítica frecuente contra la negligencia comparativa es que sus costos administrativos son elevados. Se dice que son vagas las reglas que se usarán en la repartición de la culpa, aunque las partes realicen la misma actividad: nadie está totalmente seguro acerca de la forma en que se repartirá la culpa cuando A viajaba a 55 kilómetros en una zona de 50 kilómetros por hora y B viajaba a 100 kilómetros por hora. Pero las cosas son peores aun cuando las partes realizan actividades diferentes. Por ejemplo, ¿cómo repartiría usted la culpa en Butterfield vs. Forrester, el caso presentado en el capítulo III que se refería a una obstrucción dejada en el camino por Forrester y un jinete negligente, Butterfield,

que se estrelló contra la obstrucción? En vista de esta dificultad, se alega que los litigantes y los jurados declararán demasiado esfuerzo para establecer porcentajes de culpa exactos cuando tal exactitud es imposible de lograr.

Es posible que haya algo de verdad en la afirmación de que la negligencia comparativa tiene costos administrativos elevados. Si eso es cierto, tendrá que alcanzar un equilibrio entre las ganancias de eficiencia de la negligencia comparativa y estos costos administrativos. Mientras no podamos examinar cuidadosos estudios empíricos, no podremos saber si hay o no una ganancia neta de eficiencia en la adopción de esta nueva norma de responsabilidad.

Incentivos para los actores invisibles

¿Cómo pueden crear incentivos las autoridades para alguien que es invisible para ellos? El estado de Florida tiene una solución inteligente. Los agricultores fertilizan sus campos con fósforo, que es llevado por la lluvia a ese enorme, maravilloso y frágil pantano llamado Everglades. Para controlar el fósforo, los reguladores han adoptado un sistema de incentivos novedoso. A partir de 1995-1996, las cargas de fósforo se comparan con un punto de referencia derivado de las cargas registradas de 1979 a 1988. Si las reducciones de la carga de nutrientes en toda la cuenca de los Everglades no cumplen con los objetivos estatutarios, todos los agricultores en un área designada deben pagar el "Impuesto de Privilegio Agrícola". Los agricultores pueden evitar el aumento de impuestos al exceder en un total de 25% la meta de reducción de fósforo de la cuenca. Bajo este sistema, los esfuerzos de reducción de cada agricultor disminuyen su propia responsabilidad (y la responsabilidad de todos los demás agricultores) por la reducción resultante de la contaminación. En consecuencia, cada agricultor internaliza la reducción de los beneficios y costos marginales, como lo requiere la eficiencia.

Este sistema de incentivos es notable en dos maneras. En primer lugar, cada agricultor tiene incentivos para la reducción eficiente sin que las autoridades supieran cuánto reduce cada uno de ellos. Las autoridades sólo necesitan saber la reducción total de todos los agricultores. En segundo lugar, si las autoridades han elegido la meta de reducción de fósforo correctamente, los agricultores continuarán con la disminución hasta lograrla, por lo que en realidad ninguno de los agricultores pagaría el impuesto. Los teóricos describen este enfoque como una regla de responsabilidad total por el daño excesivo. La "responsabilidad total" se refiere al hecho de que la responsabilidad de cada actor depende del daño causado por todos los actores. El "daño excesivo" se refiere al hecho de que la responsabilidad se aplica a la cantidad en que el daño causado por todos los actores supera un punto de referencia.*

NOTA WEB VII.5

Se ha escrito mucho sobre la economía de la negligencia comparativa. En nuestro sitio web reseñamos esta literatura.

PREGUNTA VII.8

El derecho del almirantazgo —el derecho que se ocupa de las disputas surgidas en las aguas navegables— utilizaba un método práctico para solucionar el problema de los costos administrativos de la negligencia comparativa. En lugar de tratar de encontrar con precisión los grados de la culpabilidad entre las partes contendientes, el derecho del almirantazgo simplemente dividía las pérdidas en 50-50 siempre que hubiera negligencia de ambas partes. Comente la eficiencia de este método de disminución de los costos administrativos de la culpa compartida. ¿Recomendaría que se aplicara la regla del almirantazgo al repartir las pérdidas de, por ejemplo, los accidentes automovilísticos donde ambas partes tengan la culpa? ¿Por qué sí o por qué no?

4. *Responsabilidad por los productos*

Hace 50 años, la responsabilidad por los productos era una parte menor del derecho de los ilícitos culposos, pero recientemente se ha convertido en una especialidad grande e importante, y el foco de mucha de la insatisfacción pública con el sistema de la responsabilidad de los ilícitos culposos. La norma de responsabilidad en los accidentes relacionados con productos recibe el nombre de "responsabilidad estricta por los productos".[30] Según esta norma, para que un fabricante demandado sea considerado responsable según esta norma, deberá determinarse que el producto es defectuoso. Un defecto puede asumir tres formas:

1. un defecto de diseño, como sería el caso si el diseño de los tanques de gasolina los hiciera susceptibles a romperse y explotar (para más información véase nuestro sitio web);
2. un defecto de manufactura, como sería el caso si se omitiera un tornillo de una cortadora de césped durante su ensamblado, de modo que una pieza de la máquina saliera disparada e hiriera a un usuario; y
3. un defecto de prevención, como ocurre cuando el fabricante no previene a los consumidores contra los peligros inherentes al uso del producto.

¿Cuál norma de responsabilidad recomendaría la teoría económica para los accidentes relacionados con los productos? Recuérdese que nuestro análisis de la negligencia y la responsabilidad estricta se concentró en determinar el carácter unilateral o bilateral de la precaución que se toma para reducir la probabilidad y la gravedad de los accidentes. Si la precaución es bilateral (es decir, si ambas partes pueden tomar acciones precautorias para reducir la probabilidad y la gravedad de un accidente), una forma de la regla de la negligencia será la norma

apropiada. Si la precaución es unilateral (es decir, si sólo el victimario podría realizar algunas acciones para reducir la probabilidad y la gravedad de un accidente), la responsabilidad estricta será la norma de responsabilidad apropiada. Utilizando este análisis económico, ¿cuál norma aplicaría el derecho moderno de la responsabilidad de los productos?

La norma más eficiente parecería ser la de la responsabilidad estricta, porque en la mayoría de los casos de daños relacionados con productos la precaución recae unilateralmente en los fabricantes. Son ellos quienes controlan el diseño de los productos y del proceso de manufactura, y quienes tienen mayores probabilidades de estar conscientes de algunos peligros especiales que implican sus productos y, por lo tanto, quienes pueden transmitir con mayor eficiencia la información acerca de estos peligros por medio de advertencias.

Sin embargo, una reflexión más detenida revelará ciertos elementos de precaución bilateral en la situación de accidentes con productos. Los usuarios también pueden tomar precauciones para reducir la probabilidad y la gravedad de los accidentes. Por ejemplo, pueden respetar las advertencias y utilizar los productos sólo para los usos autorizados. Hay algunas historias de consumidores que voltean de lado sus podadoras de césped de gasolina o eléctricas para podar las orillas, y se lesionan. Ningún fabricante pretende que una cortadora de césped se use de ese modo.

El derecho de la responsabilidad por los productos puede tomar un curso intermedio entre la idea de que la precaución es unilateral (y, por lo tanto, que la responsabilidad estricta es la norma apropiada) y la idea de que la precaución es bilateral (y, por lo tanto, que la negligencia es la norma apropiada). Puede hacerlo sosteniendo que los fabricantes demandados son estrictamente responsables por el diseño, la fabricación o la prevención defectuosos, pero permitiéndoles que eviten la responsabilidad si la víctima asume voluntariamente el riesgo de los daños o usa mal el producto. Estas defensas estimulan la asignación eficiente del riesgo de pérdida derivada de los daños relacionados con los productos entre el consumidor y el fabricante.

Si el fabricante de podadoras de césped no pudiera evitar la responsabilidad por el mal uso del consumidor o por el riesgo voluntariamente asumido, se vería obligado a asegurar a cada uno de sus consumidores. Para cubrir el costo de esta póliza de seguro, el fabricante tendría que aumentar el precio del producto. La dificultad de este resultado es que todos los consumidores deben pagar el precio mayor, no sólo los que son descuidados. Los consumidores cuidadosos preferirían pagar un precio menor por el producto y comprar un seguro contra las pérdidas en otra parte.

Hemos discutido el permitir a los fabricantes la defensa del mal uso de los consumidores de los productos defectuosos. En la práctica, una consideración más decisiva suele ser la información que el tribunal utiliza para decidir si un producto tiene uno de estos defectos. El tribunal puede utilizar la información

disponible cuando se fabricó el producto o cuando se trató el caso. Mientras tanto, el progreso científico revela mucho sobre el riesgo que hasta entonces no se conocía. El asbesto fue conocido originalmente como un salvavidas que protegía milagrosamente a las personas de las llamas, y después fue vilipendiado como una causa mortal de cáncer de pulmón. Una empresa que fabricaba el aislamiento de asbesto para los barcos en 1947 no produjo un producto que se conociera por ser defectuoso en el momento, pero en 1977 el producto demostró ser defectuoso cuando un trabajador presentó una demanda. En Estados Unidos, los tribunales han encontrado que el asbesto es defectuoso utilizando los conocimientos científicos disponibles en el momento del juicio, responsabilizando así al fabricante de los daños que no podía haber previsto utilizando los conocimientos científicos disponibles en el momento de la fabricación. La responsabilidad por los productos es más "estricta" cuando, además de rechazar las defensas de los fabricantes del cuidado razonable, el derecho también mantiene a los productos al nivel de una norma de defectos basada en los conocimientos científicos disponibles en el juicio y los no disponibles en su fabricación.

PREGUNTA VII.9

Algunos investigadores disciernen una tendencia en el derecho moderno de la responsabilidad por los productos, hacia la responsabilidad absoluta, o lo que se llama a veces "la responsabilidad de la empresa". De acuerdo con esa teoría, los fabricantes serían considerados responsables de casi cualquier daño resultante del uso de sus productos. Presente un análisis económico de esta norma de responsabilidad para los daños relacionados con los productos.

2. CÁLCULO DE LOS DAÑOS

En el capítulo anterior señalamos que la capacidad de las reglas de la responsabilidad para inducir una precaución eficiente depende en parte de la capacidad del tribunal para otorgar efectivamente a las víctimas de un ilícito culposo el pago compensatorio de los daños. Este pago logra dos cosas a la vez: primero, coloca a la víctima de nuevo en el nivel de utilidad o la curva de indiferencia que ocupaba antes del acto ilícito; y segundo, es el "precio" que el victimario debe pagar por haber dañado a la víctima. En esta sección examinaremos las formas en las que la microeconomía puede ayudar a determinar el monto apropiado de los daños. Además, utilizaremos la microeconomía para analizar los aspectos de eficiencia de los daños punitivos en los fallos referentes a los ilícitos culposos.

A. *Daños con la regla de Hand*

El pago de daños compensatorios trata de "restablecer a la víctima". Esto es imposible en algunas circunstancias. Por ejemplo, cuando un niño se mata en un

accidente culposo, no se pueden calcular los daños con esta fórmula: "Encuentre una suma de dinero tal que los padres se sientan indiferentes entre tener el dinero y un hijo muerto, y no tener el dinero y tener a su hijo vivo". Surge la misma dificultad, en una forma más atenuada, en el caso de las lesiones físicas irreparables, como las que derivan de un accidente incapacitante.

En efecto, hay dos conceptos diferentes de los daños compensatorios en el derecho de los ilícitos culposos. Uno es el concepto económico tradicional de la indiferencia: la compensación es perfecta cuando la víctima se siente indiferente entre tener la lesión y el pago de los daños, y no tener ninguna de las dos cosas. Los daños compensatorios son así perfectos cuando la víctima potencial se siente indiferente acerca de que no haya accidente o que haya un accidente con compensación. Este concepto es relevante para los daños que tienen en el mercado un sustituto del bien perdido. Así, cuando se dispone de un sustituto, el precio de mercado del sustituto mide el valor del bien para el demandante. Este concepto es relevante también para los bienes que se compran y se venden de vez en cuando, pero para los cuales no hay un mercado regular, organizado. Por ejemplo, una carta manuscrita de James Joyce y un Chevy convertible de 1957 se venden de vez en cuando, pero estos bienes son tan raros que no existe para ellos un mercado regular. Por lo general, los dueños de estos bienes raros tienen precios a los que están dispuestos a venderlos, y estos precios miden perfectamente los daños compensatorios.[31]

Este concepto de la compensación perfecta, basado en la indiferencia, es fundamental para una evaluación económica de los incentivos. Si los victimarios potenciales son responsables del pago perfectamente compensatorio de los daños, internalizarán el daño externo causado por los accidentes. Y esto genera incentivos para que los victimarios potenciales tomen precauciones eficientes. Este tipo de compensación se calcula con gran facilidad para las pérdidas que tienen un sustituto en el mercado.

Sin embargo, para algunos daños culposos no hay un sustituto fácil en el mercado. Por ejemplo, no hay ningún precio al que un buen padre vendería a un hijo. La idea de que una persona pudiera sentirse "indiferente" entre una suma de dinero y un hijo es repugnante. Y para algunas personas quizás no haya ningún precio al que venderían un brazo o una pierna.[32] Por lo tanto, la compensación no puede ser perfecta para algunos daños que implican la pérdida de un hijo o de una pierna. Sin embargo, los jurados deben otorgar un pago de daños por la muerte culposa de un hijo o por dolorosos daños personales. Así pues, nuestra tarea es ofrecer un entendimiento más satisfactorio de su cálculo.

Cuando los tribunales estadunidenses otorgan el pago de daños por pérdidas incompensables, tales como la muerte de un hijo, los jurados fijan por lo general la cantidad. Por desgracia, los jueces dan a los jurados instrucciones incoherentes para calcular los daños. Por ejemplo, la instrucción recomendada para los jurados de Massachusetts dice así:

> La recuperación por la muerte ilícita representa los daños causados a los sobrevivientes por la pérdida de la vida del occiso [...] No hay una fórmula especial de acuerdo con la ley para evaluar los daños del demandante [...] Es la obligación de ustedes evaluar lo que sea justo, adecuado y equitativo. Ustedes deben usar su sabiduría y su buen juicio de la justicia básica para convertir en dólares y centavos la cantidad que compense plena, justa y razonablemente a los familiares cercanos por la muerte del occiso. Ustedes deben guiarse por su sentido común y su conciencia de acuerdo con las pruebas del caso...

Es de sentido común que el dinero no puede compensar la muerte de un ser amado; entonces, ¿cómo se supone que el sentido común conducirá al jurado hacia un valor en dólares? En lugar del sentido común, las instrucciones de los jurados de California se refieren a "lo razonable":

> De igual modo, ustedes deben otorgar una compensación razonable por la pérdida del amor, la compañía, la comodidad, el afecto, la sociedad, el solaz o el apoyo moral.

Si ninguna cantidad de dinero puede compensar la pérdida de un ser querido, entonces la adición de "lo razonable" a la "compensación" profundiza el enigma en lugar de aclararlo.

Además de los tribunales, los reguladores deben asignar un valor a la pérdida de la vida para los fines del análisis de costo-beneficio. Al revés de lo que ocurre con la práctica de los tribunales, los reguladores tienen algunos métodos claros desarrollados por los economistas. Describiremos tal método y explicaremos su modificación para el uso de los tribunales.

Una parte inevitable de la vida es la exposición al riesgo de la muerte o de lesiones graves. Por ejemplo, volar en un avión o conducir un automóvil por una carretera implican tal riesgo. Estos riesgos pueden reducirse a menudo, pero a cierto costo. Por ejemplo, podemos señalar que los aviones deben ser inspeccionados y reparados a intervalos regulares, lo que es costoso, pero entre más cortos sean los intervalos, serán menores los accidentes. De igual modo, los automóviles pesados con aditamentos de seguridad especiales proveen una seguridad adicional a los pasajeros. Pero la producción de estos automóviles es más costosa y, por lo tanto, son más caros para los consumidores. Cuando un padre decide qué aditamentos de un automóvil comprará o una línea aérea decide con cuánta frecuencia inspeccionará sus aviones en aras de la seguridad, se está tomando una decisión que equilibra el costo de la precaución adicional con reducciones de la probabilidad de sufrir lesiones.

Una decisión racional acerca de estos riesgos implica equilibrar los costos y los beneficios de la precaución. Razonando de este modo, es posible calcular los daños causados por la pérdida de la vida. Por ejemplo, podemos suponer que la probabilidad de un accidente automovilístico fatal baja a 1/10 000 cuando se

gastan $100 adicionales en la seguridad automotriz. Si los gastos en seguridad automotriz son racionales, la reducción de la probabilidad de un accidente fatal, multiplicada por el valor del riesgo fatal, será igual al costo marginal del cuidado:

$$(1/10\,000)(\text{valor del riesgo fatal}) = 100,$$

o

$$(\text{valor del riesgo fatal}) = 100/(1/10\,000),$$

lo que sugiere que el valor del riesgo fatal es $1 000 000.

Este método para calcular los daños causados por la muerte culposa, llamado "valor de la vida estadística", toma las compras efectivas en el mercado como una guía de cuánto valúa el comprador la seguridad y, por ende, el valor de estar vivo. Por ejemplo, supongamos que un consumidor puede comprar un aditamento de seguridad, tal como una bolsa de aire, pagando una suma adicional al vendedor. Si sabemos cuánto le cuesta al consumidor el aditamento de seguridad, y en cuánto reduce ese aditamento la probabilidad de la muerte, podremos inferir la valuación de la seguridad por parte del consumidor, lo que implica un valor del riesgo fatal. Usando las cifras del párrafo anterior, podemos suponer que el aditamento cuesta $100 y reduce la probabilidad de la muerte a 1/10 000. (Recuérdese que esto implica un valor de $1 000 000 para el hecho de estar vivo.) Si los consumidores compran el aditamento, deberán valuar la seguridad a un nivel que implique que el valor del riesgo fatal es igual a $1 000 000 por lo menos.

Para aplicar este método a una disputa legal, el tribunal debería considerar las situaciones en que el riesgo es "razonable" y bien conocido. En tales circunstancias, habrá cierto valor p para la probabilidad de un accidente fatal, y cierto valor B para la carga de la precaución. La eficiencia requiere que se tomen precauciones adicionales hasta que la carga sea igual al cambio de la probabilidad, p, multiplicado por la pérdida L, o sea $B = pL$. (Adviértase que ésta es la regla de Hand.) Por lo tanto, el tribunal calcularía el valor del riesgo fatal resolviendo la ecuación para L, obteniendo $L = B/p$.

Adviértase que su método usa la regla de Hand en una forma poco usual. En la forma habitual, el tribunal utiliza la regla de Hand para determinar si la precaución del victimario satisfizo la norma legal. En su uso poco habitual, el que toma las decisiones emplea la norma del cuidado legal aceptada que un individuo violó para determinar su responsabilidad.

Hemos descrito dos métodos diferentes para calcular el pago de daños compensatorios: el método de la indiferencia y la regla de los daños de Hand. El primer método es apropiado para los bienes del mercado, es decir, para las pérdidas que tienen un sustituto en el mercado; el segundo método es apropiado cuando hay barreras legales y morales para tales mercados. Sólo cuando el

método de la indiferencia es apropiado, podrá ser perfectamente compensatorio el pago de los daños. Sin embargo, ambos métodos —cuando se aplican sin error — proveen incentivos para un nivel eficiente de precaución por parte de los victimarios potenciales.

Las pruebas empíricas sugieren que los pagos de daños de la regla de Hand son varias veces mayores que el promedio estadunidense para los pagos de daños que otorgan los tribunales en los casos de accidentes automovilísticos que implican la pérdida de la vida.[33] Por ejemplo, la Administración Nacional de Seguridad del Tráfico en las Carreteras valúa a menudo una muerte en un accidente de tránsito en 2.5 millones de dólares. En consecuencia, la implantación de los pagos de la regla de Hand causa un aumento considerable del pago de daños otorgado y de los costos de los seguros para algunas clases importantes de accidentes. El pago de daños de la regla de Hand tendería también a suavizar las grandes diferencias de los pagos de daños en casos individuales.[34] Además de traer coherencia a la doctrina legal, la implantación de los daños de la regla de Hand proveería incentivos para gastos de seguridad más racionales y la creación de un mundo más seguro.

El mismo accidente deriva en un pago de daños mayor en los Estados Unidos que en Alemania, y el pago de daños es mayor en Alemania que en Japón. El pago de daños no puede ser diferente en países similares para accidentes idénticos y también ser el óptimo en cada país. Parece ser necesaria una reforma sustancial en algún lugar. Nuestra opinión es que una reforma sustancial es necesaria en todas partes. La creación de una sociedad más segura mediante la mejora de los incentivos para la precaución comienza con la utilización de la economía para pensar de manera más clara respecto al problema. El pago de daños de la regla de Hand sugiere que los daños por lesiones personales son, en su mayoría, demasiado bajos para disuadir a los victimarios, incluso en los Estados Unidos. Esto es especialmente cierto para los accidentes automovilísticos y otros daños causados por la gente común, al revés de los daños causados por las empresas o los gobiernos, donde los pagos de daños son mayores. Un aumento sustancial en el pago de daños por lesiones personales que involucran automóviles aumentaría las tasas de seguros, lo que reduciría la cantidad de conducción y haría que los conductores fueran más prudentes. La falta de un cálculo sistemático del pago de daños en los casos de lesiones personales en los Estados Unidos también significa que el pago de daños varía de forma aleatoria, lo que provoca la disparidad de la responsabilidad. La disparidad de la responsabilidad es aún mayor cuando las empresas demandadas son responsables por los daños punitivos, que es nuestro próximo tema.

PREGUNTA VII.10

La víctima *V* trabaja en un empleo en el que podría estar expuesta accidentalmente a un producto

químico que aumenta de 0.01 a 0.02 la probabilidad de morir de cáncer pulmonar en 20 años. *V* pagaría $15 000 para evitar su exposición a este riesgo, o aceptaría $15 000 por exponerse a él. Por mucho que se esfuerce, *V* no puede imaginar ninguna suma de dinero que aceptaría a cambio de una muerte segura por cáncer pulmonar. El empleador de *V* la expone accidentalmente al producto químico. El riesgo se materializa después de 20 años, y *V* muere abruptamente de cáncer pulmonar. ¿A cuánto asciende el pago de daños para los herederos de *V* de acuerdo con la regla de Hand? Después de la exposición y antes de morir, *V* gastó $1 000 para mudarse a otra vecindad con mejor calidad del aire. ¿Deberían añadirse $1 000 a los daños de la regla de Hand, o ya están incluidos implícitamente?

NOTA WEB VII.6

Hay una literatura abundante sobre la manera en que los reguladores y otros encargados de tomar decisiones legales deberían valuar una vida perdida, lo que se llama el "valor de una vida estadística", o VSL, por sus siglas en inglés. En nuestro sitio web reseñamos esta literatura, con algunos ejemplos.

NOTA WEB VII.7

Otra categoría de daños difícil de evaluar para fines de la indemnización es el "dolor y el sufrimiento". (Ya vimos antes en este capítulo que existe un argumento de principio que se puede hacer para no otorgar el pago de daños por dolor y sufrimiento. Pero la mayoría de las jurisdicciones lo hacen.) En nuestro sitio web informamos sobre alguna evidencia empírica reciente que busca entender cómo toman decisiones los miembros del jurado acerca de la cantidad de dinero que otorgan por "dolor y sufrimiento".

"Afortunadamente para mi cliente, la víctima murió "

¿Preferiría estar muerto o inválido? En la mayoría de los accidentes culposos, las víctimas y sus familias prefieren a la persona viva e inválida antes que muerta. En consecuencia, es peor causar la muerte de alguien en un accidente culposo que dejarlo inválido.

Sin embargo, la muerte de la víctima puede ser algo afortunado para el victimario, porque los daños otorgados por los tribunales son a menudo mayores cuando la víctima de un accidente culposo queda inválida que cuando pierde la vida. Alguien gravemente lesionado pero que tiene una vida relativamente prolongada por delante requerirá una compensación extraordinaria. El ingreso que la víctima ya no podrá obtener tiene que ser remplazado, y el hecho de que la víctima pueda requerir una atención médica cara todos los días deberá tomarse en cuenta en la evaluación de los daños.

En cambio, si la víctima muere, la familia (u otros dependientes) sólo recibirá lo que habría recibido de la víctima si hubiese vivido. Por ejemplo, si el occiso hubiera ganado $100 000 por año durante los 20 años siguientes,

y hubiese dado a sus dependientes dos tercios de ese ingreso cada año, los dependientes tendrán derecho a recibir los dos tercios de $100 000 durante 20 años, descontados al valor presente.

B. *Daños punitivos*

En 1984, Getty Oil acordó supuestamente venderse a Pennzoil, pero la empresa petrolera Texaco quebrantó el trato y compró Getty. En una demanda, un jurado de Texas otorgó a Pennzoil $7 530 millones de dólares en daños compensatorios y $3 000 millones en daños punitivos. (Al final, el demandante llegó a un acuerdo por fuera de la corte debido a que el fallo pleno habría llevado a la bancarrota al demandado.) Los comentaristas del caso no están de acuerdo sobre si el demandado realmente cometió un delito, lo cual es poco usual y se llama "incentivo culposo para incumplir un contrato". En cualquier caso, el otorgamiento de daños punitivos de $3 000 millones, el cual rompió récords anteriores, era imprevisible. Anteriormente mencionamos el problema de la disparidad de la responsabilidad que surge cuando casos similares resultan en fallos diferentes. Los daños punitivos son una fuente importante de disparidad de la responsabilidad. Éstos causan mucha incertidumbre y temor entre las empresas y los gobiernos demandados. Analizaremos los daños punitivos con la esperanza de entenderlos mejor y ver cómo mejorarlos.

Por definición, los daños punitivos son los daños que se pagan al demandante para castigar al demandado. Debemos empezar nuestro análisis económico de los daños punitivos contestando dos preguntas:

1. ¿En qué condiciones se otorgan daños punitivos?

2. ¿Cómo se calcula el monto de los daños punitivos?

En la mayoría de los estados hay un estatuto que describe las condiciones en que pueden otorgarse daños punitivos. Por lo general, se trata de intentos de prescripción de las prácticas del derecho común efectivamente seguidas por los tribunales. De acuerdo con la formulación habitual, pueden otorgarse daños punitivos cuando el comportamiento del demandado es malicioso, opresivo, grosero, caprichoso e inexcusable, o fraudulento.[35] Estos estatutos sólo ofrecen directrices para el otorgamiento de daños punitivos. En virtud de que las directrices no se han formulado como reglas exactas, hay gran incertidumbre acerca de las circunstancias en que pueden otorgarse daños punitivos. Algunos estudios sobre psicología cognoscitiva demuestran concluyentemente que la gente puede ordenar de manera consistente sus actos de acuerdo con lo malo que sean, pero no puede asignar cifras consistentes al nivel apropiado del castigo.[36] Puesto que los ordenamientos morales no se expresan

consistentemente en las sanciones impuestas en términos de dólares, la ley debe diseñar reglas para calcular las sanciones en términos de dólares a fin de evitar una disparidad arbitraria en el tratamiento de los individuos.

Hay mucha incertidumbre en lo tocante al cálculo de los daños punitivos según las leyes actuales. Por lo común, los estatutos no contienen instrucciones específicas para el cálculo de los daños punitivos. Se supone que los daños punitivos guardan una relación razonable con los daños compensatorios y la capacidad de pago del demandado, pero los tribunales no han especificado lo que significa en este contexto "razonable" o "capacidad de pago". Por ejemplo, no se sabe con seguridad si los daños punitivos sólo pueden duplicar el monto de los daños compensatorios, o ser hasta mil veces mayores. En varios casos recientes, descritos en la nota web VII.9, la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que los daños punitivos que son un múltiplo de dos dígitos de los daños compensatorios atraen un análisis detallado que podría ser inconstitucionalmente excesivo. Los jueces tienen aparentemente una idea de cuánto es suficiente, y los fallos de los jurados han sido reducidos a menudo por los jueces, pero no hay reglas acerca del cálculo de los daños punitivos.[37] En el campo de los ilícitos culposos es urgente una explicación más coherente de los daños punitivos, y el análisis económico puede proveer directrices para elaborar tal explicación.

En una acción por el incumplimiento de una obligación no derivada de un contrato, cuando el demandado ha sido culpable de opresión, fraude o malicia, el demandante, además de los daños efectivos, podrá recuperar los daños a título de ejemplo y mediante el castigo impuesto al demandado."

Esto no es muy detallado para gobernar acciones de las que dependen millones de dólares. Adviértase que no se ha dicho nada acerca de la forma en que se calcularán los daños punitivos.

Las organizaciones como víctimas

Los economistas imputan rutinariamente funciones de utilidad a consumidores y trabajadores individuales. Pero ¿qué diríamos si la víctima que busca la compensación es una organización, como una asociación, una sociedad anónima, un gobierno o un club? Al igual que los individuos, las organizaciones pueden considerarse como entidades que toman decisiones, y se puede considerar que sus elecciones son reveladoras de las preferencias organizacionales. Al igual que las de un individuo, las preferencias de una organización racional pueden representarse, en general, por una función de utilidad bien ordenada. Por lo tanto, se plantea este interrogante: "¿Podrá extenderse a las organizaciones el análisis de utilidad de la idea de la compensación?"

En la economía aplicada del bienestar, los beneficios o los daños causados a las instituciones se imputan a los individuos, por lo menos en principio. Por ejemplo, la pérdida de beneficios sufrida por una empresa se convierte en una pérdida de ingresos de sus propietarios. Una práctica común consiste en suponer una relación de uno a uno entre la pérdida de beneficios de la organización y la pérdida de ingresos de los propietarios individuales, y suponer que los dueños están interesados en la empresa sólo por lo que toca a sus beneficios. De acuerdo con estos supuestos, los beneficios de la compañía "representan" la utilidad de las personas afectadas. En virtud de que los cambios ocurridos en los beneficios de la empresa se igualan a los cambios en el ingreso de sus propietarios, compensar a la organización equivale a compensar a sus propietarios.

En el caso de las empresas comerciales, el supuesto convencional en el análisis económico es que tales empresas maximizan sus beneficios. Por tanto, cuando se imputa una función de utilidad a una empresa, tal función tiene una forma simple: los beneficios son lo único que interesa a la empresa. Para una empresa, la caída de una curva de indiferencia más alta a una curva de indiferencia más baja corresponde a una disminución de los beneficios que puede compensarse, cuando tal disminución deriva del acto ilícito de otro, mediante un pago de daños a la empresa, de monto igual al de los beneficios perdidos.

En general, cuando hay una relación de uno a uno entre la pérdida medida por las preferencias de la institución y las pérdidas de los individuos, pueden usarse las preferencias institucionales como un sustituto del bienestar de los individuos afectados. Sin embargo, resulta problemático extender el análisis de utilidad de la compensación a las organizaciones que no son lucrativas, como los gobiernos, los clubes y las organizaciones no lucrativas, porque hay menos acuerdo acerca de las teorías conductistas utilizadas en su descripción. En ausencia de una teoría conductista aceptada, no puede haber acuerdo acerca de la forma en que deberán relacionarse las consecuencias del daño sufrido por estas organizaciones con sus efectos sobre el bienestar de los individuos.

Para empezar el análisis económico de los daños punitivos, apliquemos algunos números a la situación descrita en el ejemplo 3 del capítulo anterior.

Hechos: Un fabricante que produce aditivos para motores automotrices está vigilando cuidadosamente los costos. Puede establecer el control de calidad a un nivel alto o bajo. El control de calidad de alto nivel cuesta $9 000 por año y garantiza que el aditivo es puro y nunca causará daño a los motores automotrices. El control de calidad de bajo nivel no cuesta nada (de modo que se ahorra $9 000), pero hace que algunas porciones del aditivo sean deficientes. Algunos automóviles que usen las porciones deficientes serán perjudicados; específicamente, el

daño esperado para los automóviles es de $10 000 por año ($1 000 de daños esperados por cada 10 automóviles).

Desde un punto de vista económico, la eficiencia requiere que el fabricante realice los gastos de control de calidad porque la compañía espera ahorrar a los consumidores $10 000 por año, gastando $9 000 por año en el control de calidad.

¿Se producirá este resultado si se hace al fabricante estrictamente responsable del pago de daños compensatorios? La respuesta es "sí" si el sistema de responsabilidad de los ilícitos culposos es perfecto, pero es "no" si tal sistema es imperfecto. Supongamos que el sistema de responsabilidad de los ilícitos culposos es perfecto en el sentido de que las disputas que se planteen entre el fabricante y los consumidores pueden resolverse sin costo y sin error, y de que el pago de los daños es perfectamente compensatorio. Con un sistema de la responsabilidad de los ilícitos culposos perfecto y una regla de responsabilidad estricta, cada propietario de los automóviles dañados por el producto recuperará lo perdido del fabricante sin tener que gastar nada para resolver la disputa. El fabricante enfrenta así $10 000 de responsabilidad esperada si no toma precauciones que le cuestan $9 000. Un fabricante racional maximiza sus beneficios descontados por la responsabilidad esperada de los ilícitos culposos; por lo tanto, nuestro fabricante fijará el control de calidad al nivel elevado.

Pero supongamos que formulamos el supuesto más realista de que el sistema de la responsabilidad de los ilícitos culposos funciona imperfectamente. En concreto, supongamos que por cada dos consumidores cuyos automóviles sufren daños, sólo uno demanda efectivamente y recupera el costo de los daños. El otro consumidor no demanda porque desconoce que el aditivo de combustible causó el daño, o lo sabe pero no lo puede probar. Llamemos "error de ejecución" a la razón de las víctimas compensadas y el total de víctimas, que es de 1/2 en este ejemplo. Dado un error de ejecución de 1/2, y suponiendo que el demandante exitoso sólo recibe el pago de daños compensatorios, la responsabilidad esperada del fabricante será de $5 000 si adopta el nivel bajo de control de calidad. Sin embargo, podrá ahorrarse $9 000 reduciendo el nivel de su control de calidad de alto a bajo. Por lo tanto, el error de ejecución crea en este ejemplo una situación en la que un fabricante maximizador de sus beneficios, cuya responsabilidad esperada se limita al pago de daños compensatorios, escogerá el control de calidad de nivel bajo, que es ineficiente.

La pérdida de eficiencia debida al error de ejecución puede contrarrestarse aumentando los daños compensatorios con daños punitivos. Supongamos, como antes, que el pago efectivo de daños es de $1 000 por automóvil, pero que el tribunal duplica esta suma compensatoria de modo que el pago total será de $2 000 por automóvil. Si llamamos "daños punitivos" a la cantidad en exceso de la compensación, entonces los daños punitivos serán de $1 000 por automóvil.

También podríamos llamar "múltiplo punitivo" al factor de multiplicación por el que ajustamos los daños compensatorios a fin de contrarrestar el error de ejecución. En nuestro ejemplo, el múltiplo punitivo de dos contrarresta exactamente el error de ejecución de 1/2 y restablece la responsabilidad del fabricante al nivel que habría prevalecido bajo la ejecución perfecta.[38]

Podemos enunciar más formalmente este método de cálculo de los daños punitivos mediante el uso de una notación. Cuando no hay daños punitivos, la responsabilidad de los que toman decisiones, L, se limita al pago de los daños compensatorios, A, que se impone a un error de ejecución, e, en caso de que ocurra un accidente. Por lo tanto,

$$L = Ae.$$

Para compensar el error, se impone el múltiplo punitivo m, de modo que la responsabilidad está dada por la ecuación

$$L = Aem.$$

Por definición matemática, el "recíproco" de cualquier valor de x es igual a $1/x$. Se ajusta el múltiplo punitivo igual al recíproco del error de ejecución: $m = 1 / e$. De este modo, el múltiplo punitivo compensa exactamente el error de ejecución, y la responsabilidad de quienes toman las decisiones se reduce a $L = A$.

El derecho podría adoptar como regla que, cuando se otorgan daños punitivos, el múltiplo punitivo deberá ser igual a la inversa del error de ejecución. Si tal regla se escribiera en el derecho, por estatuto o por los jueces, los jurados tendrían alguna guía para fijar el múltiplo punitivo. Por ejemplo, si hubiese alguna prueba de que un victimario ha dejado de tomar la cantidad apropiada de cuidado porque sospechaba que sólo una fracción de las víctimas lo demandaría, el tribunal podría imponer daños punitivos en una cantidad determinada por la aplicación de un múltiplo punitivo igual a la inversa del error de ejecución.[39]

NOTA WEB VII.8

Además del artículo de Kahneman, Sunstein *et al.* citado en la nota 36, ha habido una literatura adicional, abundante e interesante, sobre la economía de los daños punitivos, incluyendo un importante artículo de Polinsky Shavell. En nuestro sitio web la reseñamos.

NOTA WEB VII.9

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha dictado varias decisiones recientes importantes respecto a la constitucionalidad de los daños punitivos. En nuestro sitio web describimos estas tenencias y las relacionamos con el material de esta sección.

3. Evaluación empírica del sistema estadunidense de responsabilidad de los ilícitos culposos

¿En qué medida alcanza el sistema de responsabilidad de ilícitos culposos su objetivo económico de minimizar los costos sociales de los accidentes? Muchas personas, incluyendo a algunos legisladores y a otros responsables de la toma de decisiones, creen que el sistema estadunidense de responsabilidad de los ilícitos culposos es caótico, injusto e ineficiente. Su evidencia es, en gran medida, anecdótica, en vez de sistemática, pero esas anécdotas son convincentes. Por ejemplo, muchas personas saben que a mediados de la década de 1990 una mujer que se quemó cuando le cayó encima café hirviendo al pasar por la ventanilla de autoservicio de McDonald's recibió $640 000 por concepto de daños compensatorios y $2.9 millones por concepto de daños punitivos.[40] Muchos gobiernos municipales han retirado los juegos y los columpios de sus parques públicos, y los trampolines de sus albercas públicas, por el temor de la responsabilidad. Cada año, el Congreso y muchas legislaturas estatales consideran numerosos proyectos de ley para reformar la responsabilidad de los ilícitos culposos, todos motivados por el deseo de reducir los altos costos de los seguros de responsabilidad (los cuales se dice que son provocados por los fallos adversos de la responsabilidad).

Las anécdotas no deberían ser la base de la evaluación de algo tan complejo como el sistema de responsabilidad de los ilícitos culposos de Estados Unidos. Esta evaluación requiere evidencia empírica cuantitativa, la cual está mejorando rápidamente, pero todavía sigue en una fase temprana de desarrollo. Examinaremos las pruebas y demostraremos que el sistema estadunidense de responsabilidad de los ilícitos culposos funciona mejor de lo que sus más duros críticos afirman. Comenzaremos con un número descriptivo y luego consideraremos brevemente la literatura empírica sobre la responsabilidad por productos, por mala práctica médica y por ilícitos culposos masivos.[41]

A. *Algunos hechos generales acerca del sistema estadunidense de responsabilidad de los ilícitos culposos*

Durante los últimos 150 años, la mayoría de las controversias en los tribunales federales y estatales surgieron alrededor del derecho contractual. Sin embargo, en algún momento a mediados de la década de 1990 los casos de ilícitos culposos se convirtieron en la forma más común de controversia adjudicada.[42]

En los Estados Unidos, el derecho de los ilícitos culposos, como el contractual y el derecho de propiedad, está legislado en gran parte del estado. Y como hemos indicado en varios puntos del texto, existen algunas diferencias significativas entre los estados en estas áreas sustantivas del derecho. En una de las evaluaciones más recientes del sistema de justicia civil, en 1994 hubo un poco más de 41 000 casos de ilícitos culposos resueltos en los tribunales federales de distrito (algunos de los cuales se presentaron en el tribunal federal con base en la diversidad, pero los resolvió el tribunal federal aplicando la ley estatal). Durante

el mismo periodo se registraron más de 378 000 casos de ilícitos culposos resueltos por los tribunales estatales en los 75 condados más grandes de los Estados Unidos.

De estos casos estatales y federales de ilícitos culposos, el 94% involucra a un demandante particular. Esto contrasta claramente con los casos contractuales, donde una fracción significativa involucra a múltiples demandantes.

Poco más del 60% de los casos de ilícitos culposos en los 75 condados más grandes de los Estados Unidos se refieren a accidentes automovilísticos. El siguiente tipo más común de disputa por ilícito culposo (lo que en 1992 representó poco más del 17% de todos los casos de ilícitos culposos) es el que surge de la "responsabilidad de las premisas" por, digamos, resbalones y caídas u otras lesiones en viviendas, oficinas gubernamentales o establecimientos comerciales. La tercera forma más común de casos de ilícitos culposos es la mala práctica médica, representando poco menos del 5% de todos los ilícitos culposos. Y la cuarta forma es la responsabilidad por productos, que representa el 3.4% del total.[43]

Los críticos del sistema de responsabilidad en los ilícitos culposos en los Estados Unidos sostienen que los jurados otorgan daños punitivos con demasiada frecuencia y generosidad y que los jueces hacen poco por limitar estos otorgamientos punitivos. Sin embargo, los daños punitivos son extremadamente raros. En el total de los casos de responsabilidad de productos fallados entre 1965 y 1990, sólo hubo condena de daños punitivos en 353 casos, con un promedio de $625 000 (en dólares de 1990). Los paneles de apelación redujeron muchos de estos fallos, de modo que después de la apelación el promedio bajó a $135 000. Más de 25% de esos 353 fallos se ocuparon de los asbestos. Durante todo el periodo se presentó un promedio de 11 condenas de daños punitivos por año en los casos de responsabilidad por productos en todos los tribunales estatales y federales. Un estudio cuidadoso de los daños punitivos en los casos de responsabilidad por productos reveló que, al nivel de la instrucción, había una razón de 1.2 a 1 entre los daños punitivos y los daños compensatorios; en más de la tercera parte de los casos en que se otorgó el pago de los daños punitivos, los daños compensatorios fueron mayores que los punitivos.[44] Más de la mitad de los estados prohíben o fijan un tope a los daños punitivos, o aumentan el nivel probatorio que debe satisfacerse antes de su otorgamiento.[45] Recuérdese que la norma habitual en las acciones civiles es la de "la preponderancia de la prueba", que en general significa 51% de credibilidad. La norma probatoria de "lo claro y convincente" es más exigente, pero no tanto como la norma del derecho penal de "más allá de la duda razonable".

El argumento de gran parte de la literatura empírica es que el sistema de responsabilidad de los ilícitos culposos (quizá junto con el sistema regulador de las dependencias administrativas) funciona razonablemente bien por lo que toca a evitar los accidentes. En la mayoría de las situaciones en las que podrían ocurrir

accidentes, la tendencia reciente en los Estados Unidos ha sido hacia una reducción del número y de la gravedad de los accidentes. Por ejemplo, el número de las muertes y lesiones causadas por vehículos de motor alcanzó su máximo alrededor de 1970 y ha disminuido desde entonces. La tasa de muertes y lesiones per cápita ha mostrado una disminución dramática.

NOTA WEB VII.10

Un tema central para el análisis económico del derecho de los ilícitos culposos es la medida en que la exposición a la responsabilidad de los ilícitos culposos induce a las partes a comportarse de una manera eficiente. En los últimos años ha habido un flujo de investigaciones diseñadas para explorar este tema con estudios empíricos minuciosos. Puede encontrar un resumen de esta literatura en nuestro sitio web.

B. *La mala práctica médica*

A pesar de que las controversias acerca de las lesiones iatrogénicas (aquellas que surgen en el curso de la prestación del cuidado de la salud) constituyen un porcentaje relativamente menor del total de los casos de ilícitos culposos (representando alrededor del 5% del total), ha habido una gran preocupación acerca de las demandas por mala práctica médica, y con cierta razón. En el año 2000, el Instituto de Medicina informó que los errores médicos son la "causa principal de muerte accidental en los Estados Unidos".[46] Es difícil precisar las cifras exactas, pero las estimaciones que se hicieron en 1997 oscilan entre 44 000 y cerca de 100 000 muertes por año. Los "errores de medicación representan por sí solos aproximadamente 7 000 muertes por año, superando el número de muertes por accidentes de trabajo".[47] Un estudio exhaustivo de los ingresos hospitalarios en Nueva York durante un año en la década de 1980 encontró que el 1% de los ingresos involucraban lesiones graves debido a una atención negligente.[48]

Los estudios más minuciosos de las demandas por mala práctica médica indican que

> el número de demandas por negligencia por cada médico y la indemnización pagada por cada demanda aumentaron rápidamente en los Estados Unidos desde la década de 1960 hasta la década de 1980. La frecuencia de las demandas aumentó en más del 10% por año, alcanzando un máximo de 17 reclamaciones por cada 100 médicos en la década de 1980. Las indemnizaciones pagadas por demanda aumentaron a aproximadamente el doble de la tasa de inflación.[49]

Existen algunas pruebas que sugieren que al menos en algunas jurisdicciones, la tasa de aumento de ambas demandas contra los médicos y los niveles de indemnización se detuvieron o se redujeron significativamente en la década de 1990 y se mantuvieron en los niveles más bajos durante los primeros años de la década de 2000, quizás como resultado de la reforma estatutaria, de la cual

hablaremos al final de esta sección.

El sistema de responsabilidad de los ilícitos culposos debería incentivar a los médicos y a otros profesionales de la salud para que tomen precauciones para evitar lesiones. ¿Los incentivos que brinda actualmente el sistema son deficientes, eficientes o excesivos? Con la evidencia actual, sólo se puede especular. Los médicos tienen incentivos monetarios para ser cuidadosos cuando éstos asumen el costo de los accidentes que provocan. El seguro de responsabilidad transfiere el costo de los accidentes causados por los médicos a la aseguradora. Las tasas de seguros pagadas por los médicos particulares responden débilmente a la historia de las demandas por ilícitos culposos en su contra, por lo que los médicos pueden asumir sólo una parte de los costos de las lesiones del paciente.[50] Por otra parte, un estudio realizado por Weiler a los pacientes de los hospitales de Nueva York encontró que sólo cerca del 10% de aquellos que sufrieron daños, incluso graves, presentaron una denuncia en contra de su proveedor de atención médica. Estos hechos sugieren que los incentivos monetarios para la precaución por parte de los médicos son deficientes.

La evidencia acerca de la "medicina defensiva" puede interpretarse como la conclusión contraria. Esta frase se refiere a los procedimientos y tratamientos motivados por la reducción de la responsabilidad más que por necesidades médicas. Por lo tanto, los médicos y los hospitales toman demasiadas precauciones con la esperanza de prevenir lesiones o probar en un litigio posterior que hicieron "todo lo posible" para evitar el daño. Los pacientes tienen pocos motivos para resistirse a procedimientos innecesarios que no hacen daño siempre y cuando las compañías de seguros paguen la cuenta. En 2005, en los Estados Unidos el gasto en atención médica fue del 16% del producto interno bruto, o $6 697 por persona.[51] Las estimaciones verosímiles sugieren que la medicina defensiva representa, como máximo, el 5% de los costos totales de la atención médica. Si estas cifras están en el orden de magnitud correcto, entonces la medicina defensiva le cuesta alrededor de $300 por año a cada ciudadano.

Las preocupaciones sociales respecto al costo y la disponibilidad de la asistencia médica y la posible relación entre la mala práctica médica y esas preocupaciones han motivado a muchos estados a reformar sus sistemas de mala práctica médica.[52] Esas reformas han tomado dos formas particulares: limitaciones en la cantidad total y el tipo de pago de daños disponible en las demandas por mala práctica médica y la derogación de la regla de fuentes colaterales de la mala práctica médica.

Estas reformas pueden tener a veces resultados perversos. A mediados del decenio de 1980, Indiana impuso un tope máximo de $500 000 para el total de los daños en fallos relacionados con la mala práctica médica y creó un fondo de compensación de los pacientes, profesionalmente administrado, para decidir sobre todas las pérdidas superiores a $100 000. El resultado inesperado fue que

las condenas de pago de daños otorgadas en Indiana se volvieron un tercio mayores que las de Michigan y Ohio, que habían mantenido el método tradicional de la compensación. Es posible que la razón del resultado observado en Indiana haya sido que los administradores profesionales estaban mejor capacitados que los jurados novatos para calcular los daños, de manera que se aproximaban más a los costos "verdaderos", más elevados, de las víctimas.

Esperamos que el efecto previsto de la limitación del pago de daños por mala práctica médica sea obvio. Algunos estados limitaron la cantidad total que podría recuperarse en cualquier acción de ilícitos culposos, mientras que otros limitaron los pagos de daños no económicos, como aquellos del dolor y el sufrimiento. Algunos tribunales estatales supremos, como el de Illinois, han derogado esas limitaciones. Pero la mayoría de las limitaciones han sobrevivido a los litigios y los intentos de reforma legislativa.[53]

En una discusión anterior sobre los seguros, explicamos que la compensación de la víctima de un accidente de parte de una compañía de seguros no reduce el pago de daños por ilícitos culposos que debe cubrir el victimario. Supongamos que el demandante busca obtener $100 000 en daños de la parte demandada-victimario y su compañía de seguros ya le ha pagado $80 000 por lesiones. De acuerdo con el principio legal llamado "regla de fuentes colaterales", el demandante no tiene que reducir la cantidad que busca obtener de la parte demandada, digamos $20 000, deduciendo los beneficios colaterales. Algunos estados cambiaron esta regla, haciendo obligatoria la deducción de los beneficios colaterales por las lesiones ocurridas en el transcurso de la prestación de atención médica. La idea era que la regla de fuentes colaterales generaba un incentivo para que los demandantes litigaran respecto a la teoría de que podrían recuperar una cantidad mayor a sus pérdidas reales. Por lo tanto, si lo demás permanecía sin cambios, la eliminación de la regla reduciría el incentivo para presentar denuncias por mala práctica médica.

Ambos tipos de reformas buscan reducir los costos de atención médica mediante la reducción de los otorgamientos de mala práctica médica. ¿Las reformas fueron responsables de la desaceleración en el número de demandas por mala práctica médica en la década de 1990 y a principios de 2000 y del cese en la tasa de aumento del otorgamiento promedio por mala práctica médica? O ¿hubo otros factores, como un aumento en el tratamiento de la tecnología y en los niveles de precaución, que expliquen estos efectos? La evidencia aún no es clara. Hay algunas pruebas que sugieren que las reformas en la década de 1980 redujeron los gastos en la medicina defensiva entre 5 y 9% y que la oferta de médicos fue aproximadamente 12% mayor en aquellos estados con límites para los daños no económicos, comparada con la oferta en los estados sin esos límites.[54] Sin embargo, otras pruebas sugieren que los problemas de la mala práctica médica que se pueden apreciar en los Estados Unidos no son específicos de la estructura del sistema estadunidense de justicia civil, pero están sucediendo

en todo el mundo, tal vez debido a que los grandes avances en la tecnología médica han ampliado mucho más la gama, quizás más riesgosa, de intervenciones médicas posibles.

NOTA WEB VII.11

Algunos juristas prominentes han estado utilizando un conjunto de datos extraordinarios del estado de Texas para explorar muchos temas de la mala práctica médica. Resumimos su trabajo en nuestro sitio web.

NOTA WEB VII.12

La responsabilidad por productos podría darse por un defecto de diseño, un defecto de manufactura o una falla para prevenir a los consumidores (y a los intermediarios) del riesgo de daño. En nuestro sitio web discutimos algunos aspectos económicos de la obligación de prevenir y algunas pruebas empíricas recientes de la efectividad de esa obligación.

C. *Reforma de la responsabilidad por los productos*

La responsabilidad por los productos es el foco de mucha de la insatisfacción pública con el sistema de la responsabilidad de los ilícitos culposos. Una encuesta a grandes funcionarios ejecutivos, realizada por la Conference Board (un grupo de interés empresarial), reveló que las preocupaciones por la responsabilidad llevaron a 47% de los encuestados a abandonar una o más de sus líneas de productos, 25% detuvo la investigación y desarrollo, y 39% canceló sus planes para un producto nuevo. En algunos casos, las aseguradoras han decidido que el área de la responsabilidad por los productos es tan incierta que han preferido abandonar el mercado por completo. Algunos de los fabricantes y otras personas que se han quedado sin la cobertura del seguro han optado por dejar de fabricar sus productos o han aumentado los precios para cubrir el costo de los riesgos adicionales de la responsabilidad. Desde principios del decenio de 1980, en los Estados Unidos se ha manifestado un intenso interés político por reformar el derecho de la responsabilidad por los productos, en los ámbitos federal y estatal. Pero hasta hace muy poco tiempo no se había hecho ninguna reforma.

Los fabricantes han pedido desde hace largo tiempo la reforma en el ámbito federal por dos razones. Primero sostienen que una ley federal uniforme para la responsabilidad por los productos ahorraría costos, con un consiguiente ahorro para los consumidores. Segundo, muchos fabricantes creen que el derecho de la responsabilidad por los productos que se ha convertido en la norma de los estados tiene graves deficiencias. Específicamente, creen que los demandantes ganan con demasiada facilidad, y que los jurados son demasiado generosos con los demandantes exitosos (como creen que lo prueba el ejemplo del fallo otorgado en contra de McDonald's por el derrame de un café caliente). Lo que argumentan los fabricantes es que estas ineficiencias podrían corregirse si el Congreso promulga una ley federal uniforme y sensata para la responsabilidad

por los productos. Aunque se han introducido algunas medidas de reforma en el Congreso durante muchos años, nunca han sido aprobadas por ambas cámaras.

En el ámbito estatal hubo una oleada de reformas a mediados del decenio de 1980, y una segunda ronda a mediados del decenio de 1990. El movimiento de reforma no se retomó a principios del decenio de 2000. La reforma estatal se ha limitado típicamente a imponer un límite superior a la suma y al tipo de daños que las víctimas pueden recuperar. A veces, los estados imponen este tope sólo en lo que se percibe como el elemento ofensivo del otorgamiento de pago de daños, como en el caso de los daños de dolor y sufrimiento y el de los daños punitivos. Por ejemplo, la Ley de Reforma de la Justicia Civil, de 1995, promulgada en Illinois, impuso un tope de $500 000 a los daños no económicos y limitó los daños punitivos a tres veces el monto de los daños compensatorios.[55]

Debemos señalar que, considerando el material al principio de este capítulo, las agencias reguladoras federales hacen un gran trabajo de promoción para la seguridad de los productos. Por ejemplo, la Comisión de Seguridad de Productos de Consumo, la Administración Nacional de Seguridad del Transporte en las Carreteras, la Administración de Salud y Seguridad en el Trabajo, la Administración Federal de Aviación, la Administración de Alimentos y Medicamentos y la Agencia de Protección Ambiental (EPA, por sus siglas en inglés) emiten y aplican las regulaciones de seguridad para una gran variedad de productos.[56] Una cuestión importante es si este sistema conjunto de regulación *ex ante* de la seguridad y la exposición a la responsabilidad *ex post* alcanzan la cantidad de atención socialmente óptima. ¿O si hace mucho o muy poco?

Como en el caso de la mala práctica médica, los efectos no son claros. La literatura empírica sobre los efectos de la responsabilidad por productos, las regulaciones y las reformas instituidas en los decenios de 1980 y 1990 todavía es joven y aún no ha logrado un consenso. Existen algunas pruebas que sugieren que las reformas redujeron la presión de la responsabilidad sobre los fabricantes y, de este modo, lograron que las primas de los seguros de responsabilidad detuvieran su largo patrón de aumento. Y existen algunas pruebas de que las lesiones y las muertes accidentales han disminuido durante los primeros años de la década de 2000, aunque no es claro cuánta de esa disminución se debe a esta ley.

PREGUNTA VII.11

Analice los topes y las limitaciones impuestos a los fallos de los litigios utilizando el análisis del control de las rentas del capítulo II.

PREGUNTA VII.12

Utilice el análisis gráfico de la responsabilidad que hicimos en el capítulo anterior para demostrar el efecto de las decisiones precautorias de un victimario potencial cuando está limitada la suma de daños compensatorios que puede recibir una víctima.

PREGUNTA VII.13

Supongamos que cualquier pago de daños punitivos otorgado al demandante no debe ser pagado al demandante, sino digamos a una institución de caridad designada por el demandante. ¿Cómo podría afectar tal sistema a los incentivos de los demandantes para buscar el pago de daños punitivos? ¿Cómo se afectaría la disposición del jurado al otorgar el pago de daños punitivos?

A pesar de algunos problemas específicos, hay otros indicios de que el sistema está funcionando razonablemente bien. Las demandas de responsabilidad por productos en los Estados Unidos aumentaron a mediados y fines del decenio de 1980, pero la gran mayoría de tales casos se referían a los asbestos. Si excluimos las reclamaciones de los asbestos, veremos que el número de juicios de responsabilidad por los productos en los tribunales federales disminuyó 40% entre 1985 y 1991 y permaneció a ese nivel durante el principio de la década de 2000. Otro cambio interesante ocurrido recientemente se observó en las tasas de éxito de los demandantes. Entre 1981 y 1987, el demandado ganó 51% de los veredictos dictados en los juicios de responsabilidad por productos. Entre 1988 y 1994, los demandados ganaron 64% de los casos. Las mejores cifras recientes de la década de 2000 sugieren un retroceso a una tasa de éxito de los demandados de alrededor de 50%. Por último, los costos del seguro de responsabilidad por los productos ascienden a la cuarta parte de un centavo por cada dólar del precio de compra del producto: una suma insignificantemente pequeña.[57]

NOTA WEB VII.13

En un artículo reciente de la revista Harvard Law Review, los profesores Polinsky y Shavell analizan el "Frágil Caso de la Responsabilidad por Productos". Discutimos este artículo y varios comentarios al respecto en esta nota web.

D. Ilícitos culposos masivos

Un "ilícito culposo masivo" no es un término legal formal sino más bien un término que se utiliza para describir una situación en la que surge un gran número de demandas por ilícitos culposos de un solo incidente o del uso de un mismo producto.[58] Un ejemplo podría ser el desastre de Bhopal en 1984 en India, en el que una nube de un producto químico altamente tóxico se escapó de una planta de Union Carbide y mató a entre 15 000 y 20 000 personas y miles más resultaron heridas. Enfrentar un incidente de este tipo puede abrumar a las instituciones y a las prácticas del sistema de responsabilidad por ilícitos culposos tradicionales. Como resultado, la ley ha tratado de enfrentar los problemas de ilícitos culposos masivos cada vez más a través de acuerdos novedosos.

Consideremos los problemas derivados del asbesto. El asbesto tiene propiedades ignífugas notables, lo que lo hace un material de construcción valioso. Se utilizó ampliamente en los Estados Unidos desde la década de 1930 hasta 1979, cuando su uso cesó prácticamente. El cese se produjo porque se hizo

cada vez más evidente que el asbesto podría ser extremadamente peligroso para la salud, incluyendo el haber matado a algunos de los que inhalaron fibras de asbesto. La inhalación de asbesto provoca cáncer, pero la diferencia en tiempo entre la exposición al asbesto y la aparición del cáncer puede ser de 20 años. Durante los 50 años de uso del asbesto y la década durante la cual la eliminación del asbesto fue una práctica común (antes de suspenderse por causar más mal que bien), más de 25 millones de trabajadores estadunidenses se expusieron a las fibras de asbesto en el ambiente y, por lo tanto, podían contraer una enfermedad debilitante o morir. Se estima que ocurrieron más de 225 000 muertes prematuras entre 1985 y 2000 debido a la exposición a las fibras de asbesto. Y se estima que otras 10 000 personas morirán cada año durante la próxima década o más debido a la exposición al asbesto. Un número de personas mucho mayor han sufrido daños por la exposición a la fibra, pero no han muerto.

Desde luego, cuando estos riesgos para la salud fueron ampliamente conocidos, un gran número de demandantes dio un paso adelante para reclamar una compensación a los fabricantes de asbesto y a otros. De hecho, para el año 2000, 600 000 demandantes se presentaron para proceder en contra de 6 000 demandados, que representan a 75 de los 83 sectores probables (lo que sugiere que este problema afecta a casi todas las ramas de la economía de Estados Unidos). Varias empresas importantes se han declarado en bancarrota debido a los fallos adversos anteriores o considerablemente anticipados relacionados con el asbesto.

Las vacunas y la responsabilidad por los productos

Muchos casos recientes de responsabilidad por los productos se han ocupado del deber que tienen los fabricantes de productos farmacéuticos y los médicos de prevenir a quienes ingieren medicamentos de los riesgos potenciales que corren.

Uno de tales casos se ocupó de dos vacunas contra la polio. La primera vacuna contra esta enfermedad incapacitante era la vacuna Salk o IPV, que es una de las llamadas vacunas "de virus muertos". La vacuna de virus muertos previene la polio en la persona que la recibe sin crear el riesgo de que el receptor contraiga la polio. La segunda vacuna era la vacuna Sabin u OPV, una vacuna "de virus vivos". El receptor retiene el virus vivo en su sistema y puede transmitirlo a otros, quienes quedan inmunizados contra la polio. Este beneficio externo es tan considerable que las autoridades de salud pública recomiendan fuertemente que los niños pequeños tomen la vacuna Sabin en lugar de la vacuna Salk. Cuando sólo se disponía de la vacuna Salk, había 2 500 casos de polio por año. Después del desarrollo de la vacuna de virus vivos, la polio desapareció prácticamente.

Sin embargo, el virus vivo plantea un riesgo.* Cerca de uno de cada cuatro millones de individuos que han tomado la vacuna o entran en estrecho contacto con quienes la han tomado contrae la polio.

El derecho debería exigir que los fabricantes de vacunas prevengan a los receptores del riesgo de la vacuna de virus vivos. Eso es precisamente lo que sostuvo el Tribunal de Apelación del Quinto Circuito de los Estados Unidos en Reyes *vs*. Wyeth Laboratories, 498F.2d 1264 (1974). Después de Reyes, se volvió una práctica habitual que los fabricantes de vacunas incluyeran inserciones que prevenían a los receptores de los riesgos de la vacuna OPV.

Sin embargo, esa resolución fue sólo temporal. La tendencia más general, antes señalada, hacia la responsabilidad absoluta o empresarial por los daños relacionados con los productos se ha dejado sentir también en este mercado. En varios casos recientes, algunos niños cuyos padres habían sido debidamente advertidos de acuerdo con Reyes, que sin embargo recibieron la vacuna de virus vivos y contrajeron la polio, demandaron a los fabricantes y recibieron grandes pagos por concepto de daños. Sin la defensa de asumir el riesgo después de una prevención adecuada, el fabricante no podrá evitar la responsabilidad. Por lo tanto, la compañía deberá incluir en sus costos de producción este costo mayor de la responsabilidad esperada.

Los fabricantes de productos farmacéuticos están tan temerosos de los fallos otorgados en los juicios de responsabilidad por productos que se han vuelto renuentes a fabricar y distribuir medicamentos benéficos. En 1976, luego de una epidemia de gripe porcina, una enfermedad muy peligrosa, los fabricantes de una vacuna contra esta enfermedad se rehusaron a enviarla al mercado porque las aseguradoras privadas, temerosas de las consecuencias de 100 millones de inyecciones o más en lo tocante a la responsabilidad por los productos, no las asegurarían. Las compañías ofrecieron las inoculaciones sólo después de que el gobierno federal aceptó ser el único demandado en cualquier juicio por daños derivados de la vacuna.† La vacuna DPT contra la tosferina escasea en este país porque el mayor de sus fabricantes, Eli Lilly & Company, ha dejado de producir el medicamento en virtud del temor que siente por las demandas derivadas de la responsabilidad por los productos. En los Estados Unidos, las siguientes vacunas que antes eran fabricadas por varias empresas ahora se fabrican por una sola: sarampión, paperas, polio Sabin, polio Salk y rabia. Peor aún, es posible que la amenaza de demandas de responsabilidad por productos haya reducido el incentivo de las compañías farmacéuticas para invertir en la investigación y el desarrollo de medicamentos nuevos potencialmente benéficos.

Un gran número, quizás la mayoría de los demandantes, puede no desarrollar

una enfermedad relacionada con el asbesto. La ley de responsabilidad no compensa la exposición al riesgo, en comparación con la materialización de un riesgo. Una persona expuesta al asbesto debe esperar hasta que realmente se desarrolla una enfermedad relacionada con el mismo antes de demandar. Sin embargo, las víctimas que desarrollan dicha enfermedad deben presentar sus casos cuanto antes. Cada jurisdicción en los Estados Unidos tiene un estatuto de limitaciones que requiere que todos los que buscan una compensación se presenten en un periodo de tiempo relativamente corto para hacer valer su demanda contra otros.[59] Si no lo hacen pueden ocasionar que la causa de la demanda de la víctima pierda efecto. Teniendo en cuenta estos estatutos, los demandantes que creen que pueden desarrollar una enfermedad relacionada con el asbesto se presentan tan pronto como les es posible. Ellos demandan cuando los rayos X concuerdan con las primeras etapas de la enfermedad, aunque la enfermedad no se desarrolle plenamente. Esta incertidumbre incomoda extremadamente a los demandantes, pero también genera un incentivo para que los demandados impugnen la responsabilidad (y para retrasar el pago tanto como sea posible, con la esperanza de que la enfermedad relacionada con el asbesto nunca se manifieste).

*Soluciones contractuales para la crisis de la responsabilidad de los ilícitos culposos**

El derecho de una víctima a recibir una compensación por un daño accidental es una forma de seguro. Las víctimas compran estos derechos a las aseguradoras mediante un contrato y, por ley, el sistema de ilícitos culposos les otorga estos derechos a las víctimas potenciales. Los críticos del sistema de responsabilidad por ilícitos culposos reclaman que éste provee a las personas un seguro que ellas no compran cuando las mismas tienen que pagar por él. De este modo, los padres rara vez aseguran las vidas de sus hijos, y pocas personas compran seguros contra la angustia emocional o el dolor y el sufrimiento.

Es fácil ver por qué la gente no compra un seguro contra algunos tipos de daño que el derecho de los ilícitos culposos compensa. Los seguros transfieren dinero del estado ileso (las primas pagadas por los clientes por las pólizas de seguro) al estado lesionado (las demandas hechas por los asegurados lesionados). Para algunas demandas por ilícitos culposos, el costo de la transferencia es muy alto. Por lo tanto, resulta muy costoso evaluar y administrar las demandas por daños no pecuniarios, y es costoso probar la negligencia en, digamos, casos de mala práctica médica. Para otras demandas por ilícitos culposos, la transferencia es inapropiada porque el dinero no es más útil en el estado lesionado que en el estado ileso. De este

modo, la muerte de un hijo dependiente reduce la necesidad de dinero de los padres.

En principio, permitir que las víctimas potenciales vendan los derechos no deseados de los ilícitos culposos puede resolver el problema del seguro no deseado causado por la responsabilidad de los ilícitos culposos. He aquí cómo funcionarían las ventas: El derecho de una víctima potencial al pago de daños en el caso de accidente futuro es una "reclamación culposa inmadura" (RCI). Imaginemos un mercado de RCI. Las víctimas potenciales de ilícitos culposos podrían vender su derecho de recuperación e incluir en la venta cualesquiera de sus derechos culposos que desearan, conservando otros para su propio uso. Por ejemplo, una víctima podría vender el derecho de recuperación de sus pérdidas no pecuniarias en un accidente automovilístico, conservando su derecho a recuperar sus pérdidas pecuniarias principales. O podría vender el derecho de recuperación en el caso de una mala práctica médica, conservando el derecho de recuperación en el caso de una lesión relacionada con productos. Si alguien vendiera sus derechos culposos a un tercero y luego fuese lesionado, no podría recuperar las pérdidas del victimario; sin embargo, podría recibir el pago de su aseguradora si es que compró un seguro.

Un mercado de RCI podría ser muy flexible. Por ejemplo, consideremos cómo un mercado de RCI podría generar un régimen de seguros automovilísticos de ausencia de culpa. Supongamos que los conductores venden algunos de sus derechos de recuperación de daños culposos en los accidentes automovilísticos a sus propias compañías de seguros. Sus propias aseguradoras podrían renunciar luego a estos derechos a cambio del pago de compañías de seguros de otros conductores.

Si fuese legal la venta y la compra de RCI, probablemente las víctimas potenciales sustituirían el método actual de compensación mediante el sistema de responsabilidad culposa por el seguro de primera parte. Este seguro de primera parte sería probablemente un medio más barato que el sistema de la responsabilidad culposa para compensar a las víctimas. Pero ¿qué diremos de la función disuasiva del derecho de los ilícitos culposos? ¿Cómo induciría la creación de un mercado de RCI a que las víctimas y los victimarios potenciales obraran con cuidado? Resulta interesante observar que quizá no habría ninguna diferencia significativa con el sistema actual, y aun podría haber una mejora. Después de todo, *alguien* demandaría al victimario para la recuperación en el caso de un accidente; podría no ser la víctima. En realidad, el efecto de disuasión según las RCI podría ser mejor que con el sistema actual: los terceros que hayan comprado RCI podrían tener un fuerte incentivo para monitorear el comportamiento de las víctimas y los victimarios potenciales para obtener una precaución óptima.

La ley estadunidense actual prohíbe a las víctimas la venta de

reclamaciones de responsabilidad por ilícitos culposos a los abogados. Por lo tanto, el demandante no puede acordar con su abogado la percepción de una comisión fija antes del juicio a cambio de dar al abogado todos, o casi todos, los pagos de daños concedidos eventualmente por el tribunal. Sin embargo, la ley actual no prohíbe la compra de algunas reclamaciones de responsabilidad culposas maduras a los que no son abogados, y ya se ha desarrollado un pequeño mercado a través de internet.

Ha sido sumamente caro lidiar con esta situación. Una estimación sugiere que se han gastado más de $50 000 millones en demandas por asbesto. Se afirma que más de la mitad de esa cantidad se ha destinado al pago de los costos de transacción, en vez de que redunde en beneficio de las víctimas. Hay estimaciones creíbles de que los costos totales de las demandas han alcanzado más de $250 000 millones, con casi todos los casos de asbesto resueltos, a finales de 2009.

Para hacer frente a los ilícitos culposos masivos, las legislaturas y los tribunales han estado dispuestos a considerar prácticas novedosas. Una razón de estas novedades es el temor de que la confianza en las herramientas comunes de responsabilidad por ilícitos culposos podría dar lugar a injusticias. El lento desarrollo de enfermedades relacionadas con el asbesto crea un conflicto entre la oportunidad de las demandas exigidas por los estatutos de limitación y la necesidad de obtener una indemnización a los demandantes que lo merecen. Para resolver este y otros problemas observados con la resolución del gran número de demandas por asbesto a través de litigios privados, durante varios años (pero no se promulgó, sino hasta julio de 2010) el Congreso ha propuesto (en la Ley de Imparcialidad en la Resolución de Lesiones por Asbestos, 2005) la creación de un fondo fiduciario para proveer una compensación limitada a las víctimas de enfermedades relacionadas con el asbesto y limitar la responsabilidad de los demandados.

La compensación de los trabajadores

En los Estados Unidos, la forma más prominente de la responsabilidad sin culpa es el sistema que se ocupa de los accidentes sufridos por los empleados en el lugar de trabajo. Estos accidentes son muy comunes. En cualquier año dado, cerca de 3% del total de los trabajadores industriales sufrirán lesiones en el lugar de trabajo lo suficiente como para traducirse en una pérdida del tiempo trabajado. Este riesgo de los accidentes en el lugar de trabajo es ligeramente mayor que el riesgo de los accidentes en otra parte —por ejemplo, en el hogar—.

Hasta fines del siglo XIX, el derecho común de los accidentes relacionados

con el trabajo hacía muy difícil que los empleados demandantes que hubiesen sido lesionados en el lugar de trabajo obtuviesen una compensación de sus empleadores o de alguien más.* A principios del siglo XX, la mayoría de los países industrializados, incluidos los Estados Unidos, adoptaron una alternativa de la responsabilidad culposa para ocuparse de los accidentes ocurridos en el trabajo, a saber: un sistema de compensación obligatoria de los empleados lesionados sin consideración de culpa. Hoy en día, casi todos los estados de la Unión Americana, excepto tres, tienen un sistema obligatorio para casi todos los trabajadores. En consecuencia, más del 90% de la fuerza de trabajo de los Estados Unidos está cubierto por sistemas de compensación de los trabajadores.

Los sistemas funcionan típicamente como sigue: los empleadores aportan ciertas sumas al sistema de compensación de los trabajadores del Estado, de acuerdo con el monto en dólares de su nómina. Cuando un empleado se lesione, presentará una reclamación en la agencia del gobierno estatal que administra el sistema. Si la agencia determina que el daño se relaciona con el trabajo, otorgará al empleado una compensación de acuerdo con una tabla estatutaria de indemnizaciones. Por ejemplo, la compensación por un dedo de la mano perdido puede ser de $5 000. Para otras lesiones, las indemnizaciones se pueden determinar en una audiencia probatoria relativamente breve. Por ejemplo, la víctima puede recibir dos tercios de los salarios perdidos y una compensación completa por sus gastos médicos y de rehabilitación efectivos. En caso de una disputa entre el empleado y la comisión de indemnización de los trabajadores, opera un proceso de apelación y adjudicación.

En el sistema de compensación a los trabajadores, en el derecho de los ilícitos culposos éstos renunciaron a su derecho a demandar a sus empleadores por lesiones en el lugar de trabajo y, a cambio, los empleadores asumen la responsabilidad estricta por los daños sufridos en el trabajo. ¿Es esto una mejora? Casi todos los estados en los Estados Unidos obligan a los empleadores a participar en el sistema de compensación a los trabajadores, pero Texas permite a los empleadores optar por no hacerlo. Texas genera algunos datos para comparar el sistema de compensación a los trabajadores y el sistema de responsabilidad culposa. Cuando las grandes empresas de Texas optan por no hacerlo, éstas crean su propio sistema para compensar a los trabajadores lesionados. Si los trabajadores lesionados no quieren aceptar la compensación ofrecida según el plan del empleador, deben demandar al empleador según el derecho de los ilícitos culposos y probar que la negligencia del empleador fue la causa de la lesión.

Morantz investigó las reclamaciones por lesiones en el lugar de trabajo de los empleados de dos grandes empresas. Estas dos empresas optan por no compensar a los trabajadores para las tiendas minoristas al interior de

Texas, y deben permanecer dentro de este sistema para las tiendas minoristas que están fuera de Texas. Morantz encontró una frecuencia menor de reclamaciones de indemnización al interior de Texas que fuera de este estado, y también encontró un promedio menor por los costos de reclamación. Al mismo tiempo que demostró un ahorro de costos para los empleadores, los efectos sobre el bienestar de los trabajadores los determinarán futuras investigaciones.†

Consideremos un ejemplo más, los problemas para probar la causalidad que surge en un ilícito culposo masivo relacionado con el medicamento DES (dietilestilbestrol). El DES se administró a mujeres embarazadas en el decenio de 1950 para prevenir los abortos espontáneos. Sin embargo, la droga causó enfermedades genitales, incluyendo el cáncer cervical, en algunas de las mujeres adultas cuyas madres habían tomado DES hacía 20 años o más. Para cuando se descubrió la conexión entre las enfermedades de los adultos y el DES, era casi imposible para los demandantes presentar pruebas sobre qué fabricante había producido el DES tomado por sus madres hacía 20 años o más. Las teorías comunes de la causalidad en el ilícito culposo requerían que el demandante demostrara a través de la preponderancia de la evidencia que el demandado era responsable de los daños del demandante. En estos casos, los demandantes habían sido perjudicados por alguno de los fabricantes de DES, pero no pudieron demostrar cuál o cuáles. En vez de permitir que los demandantes dejaran el tribunal con las manos vacías, la Suprema Corte de California diseñó una nueva teoría de la responsabilidad, la "responsabilidad por cuota de mercado", según la cual todos los fabricantes que podrían haber estado vendiendo DES a las madres de los demandantes compartirían la responsabilidad por los daños de los demandantes en proporción a sus cuotas de mercado en el mercado de DES cuando la madre tomó el medicamento.[60]

NOTA WEB VII.14

Los trágicos sucesos del 11 de septiembre de 2001 dieron lugar a ilícitos culposos masivos. Véase nuestro sitio web para un análisis de los métodos mediante los cuales el gobierno federal elaboró un paquete de indemnización administrado para quienes perdieron a un familiar o a otra persona en dicha tragedia.

PREGUNTA VII.14

Explique por qué renunciar a una reclamación futura por parte de una víctima potencial (es decir, el hecho de que un empleado acepte no reclamar una compensación de su empleador si se lesiona en el trabajo) se asemeja a una transacción con una RCI (la cual se explica en el cuadro de las págs. 370-371).

PREGUNTA VII.15

Imaginemos un sistema de ausencia de responsabilidad contractual o electiva respecto de las lesiones relacionadas con el producto. Los fabricantes ofrecerían sus productos con tablas de beneficios que pagarían si los consumidores se lesionaran al usar los productos. Si ocurriese una lesión, no se investigaría el defecto del producto ni de la culpa del usuario; simplemente se pagarían indemnizaciones al consumidor lesionado de acuerdo con la tabla contractual. El dolor y el sufrimiento no serían compensables; se deducirían los beneficios colaterales y se aplicarían otras restricciones. Los fabricantes que optaran por no ofrecer la ausencia de responsabilidad electiva serían todavía estrictamente responsables por las lesiones relacionadas con los productos según el sistema actual. Explore la eficiencia de este sistema de ausencia de responsabilidad electiva. (Véase Jeffrey O'Connell, *Ending Insult to Injury*, University of Illinois Press, Chicago, 1975.)

CONCLUSIÓN

El sistema de responsabilidad por los ilícitos culposos juega un papel importante en la reducción de la frecuencia con la que se pierde accidentalmente una propiedad, la salud y la vida. Mediante la asignación del costo de los accidentes, el sistema de responsabilidad por los ilícitos culposos provee incentivos para la precaución, tanto como los mercados asignan los costos y proporcionan incentivos para la producción. La mejora de la eficiencia del sistema de responsabilidad por los ilícitos culposos puede hacer que el mundo sea más seguro sin aumentar el costo. Los observadores señalan diversos signos de ineficiencia en el derecho de responsabilidad de los ilícitos culposos, como las diferencias significativas en el nivel del pago de daños compensatorios para la misma lesión en diferentes países de riqueza similar, las decisiones impredecibles con respecto a la responsabilidad y al pago de daños de un caso a otro ("disparidad de responsabilidad"), la medicina defensiva y la escasez de vacunas. Ir más allá de las anécdotas requiere estudios estadísticos minuciosos que siguen siendo escasos. El conocimiento estadístico que se tiene en este momento, el cual hemos revisado, es suficiente para desmentir algunos mitos sobre el sistema de responsabilidad de los ilícitos culposos.

LECTURAS RECOMENDADAS

Baker, Tom, The Medical Malpractice Myth, The University of Chicago Press, Chicago, 2005.

Bar-Gill, Oren, y Omri Ben-Shahar, "The Uneasy Care for Comparative Negligence", American Law and Economics Review,vol. 5, 2003, p. 433.

Black, Bernard, Charles Silver, David A. Hyman y William M. Sage, "Stability, Not Crisis: Medical Malpractice Claim Outcomes in Texas, 1988-2002", Journal of Empirical Legal Studies,vol. 2, 2005, p. 207.

Dewees, Donald, Donald Duff y Michael J. Trebilcock, Exploring the Domain of Accident Law, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 1996.

Gawande, Atul, Complications: A Surgeon's Notes on an Imperfect Science,Picador, Nueva York, 2002.

Porat, Ariel, y Alex Stein, *Tort Law under Uncertainty*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Schwartz, Gary T., "The Beginning and the Possible End of the Rise of Modern American Tort Law", Georgia Law Review,vol. 26, 1992, p. 601.

Shavell, Steven, "Liability for Accidents", en A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell (comps.), Handbook of Law and Economics, vol. I, North-Holland, Ámsterdam, 2007.

Sunstein, Cass R., Reid Hastie, John W. Payne, David A. Schkade y W. Kip Viscusi, Punitive Damages: How Juries Decide,The University of Chicago Press, Chicago, 2002.

VIII. TEORÍA ECONÓMICA DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

El movimiento de las sociedades progresistas ha sido hasta ahora un movimiento del Estatus al Contrato.

HENRY MAINE,
Ancient Law,1861

Quienquiera que en materia de negocios estipula con otro se propone hacer esto: "Dame tú lo que me hace falta, y yo te daré lo que te falta a ti", éste es el significado de cada oferta; y es de esta manera como obtenemos de otro la mayor parte de los buenos oficios que necesitamos. No de la benevolencia del carnicero, del vinatero, del panadero, sino de sus miras al interés propio es de quien esperamos y debemos esperar nuestro alimento.

ADAM SMITH,
La riqueza de las naciones,5ª ed., 1789

Una promesa invoca la confianza en mis acciones futuras, no sólo en mi sinceridad actual.

CHARLES FRIED,
Contract as Promise,1981

LA GENTE hace promesas constantemente: los vendedores prometen felicidad, los amantes prometen matrimonio, los generales prometen la victoria y los niños prometen portarse mejor. El derecho se involucra cuando alguien trata de lograr que se cumpla una promesa. Veamos algunos ejemplos.

EJEMPLO 1

El tío rico de un estudiante universitario pobre se entera en la fiesta de graduación de que su sobrino se graduó con honores. Conmovido por buenos sentimientos, el tío promete al sobrino un viaje alrededor del mundo. Más tarde, el tío olvida su promesa. El estudiante demanda a su tío, pidiendo al tribunal que lo obligue a pagarle un viaje alrededor del mundo.

EJEMPLO 2

Un vecino ofrece vender a otro un automóvil usado por $1 000. El comprador entrega el dinero al vendedor, y el vendedor le entrega las llaves del automóvil al comprador. Para su gran sorpresa, el comprador descubre que las llaves corresponden al Chevrolet abandonado en el traspatio, no al brillante Cadillac que se encuentra en la cochera. El vendedor se sorprende igualmente de saber que el comprador esperaba recibir el Cadillac. El comprador pide al tribunal que ordene al vendedor entregar el Cadillac.

EJEMPLO 3

Un agricultor, respondiendo al anuncio que vio en una revista de "un medio seguro para exterminar los saltamontes", envía por correo $25 y recibe también por correo dos bloques de madera con las instrucciones: "Coloque al saltamontes en el bloque A y aplástelo con el bloque B". El comprador pide al tribunal que obligue al vendedor a devolverle los $25 y pagarle $500 por concepto de daños punitivos.

¿Deberían los tribunales hacer cumplir las promesas en estos ejemplos? Una promesa es legal si los tribunales ofrecen un remedio a la víctima de una promesa incumplida. Tradicionalmente, los tribunales se han mostrado cautelosos en lo tocante al cumplimiento de las promesas que no se otorgan a cambio de algo. En el ejemplo 1, la promesa de un viaje alrededor del mundo es un regalo para el sobrino. El tío rico no recibe nada a cambio, de modo que, de acuerdo con el análisis tradicional, los tribunales no deberían hacer cumplir la promesa del tío. En el ejemplo 2, el dinero se entrega a cambio de una promesa, pero el vendedor creía que otorgaba una promesa distinta de lo que el comprador creía que estaba recibiendo. Los tribunales se niegan a menudo a hacer cumplir las promesas confusas. En el ejemplo 2, los tribunales requerirían probablemente que el vendedor devolviese el dinero y el comprador las llaves del automóvil. El ejemplo 3 implica un engaño, no una confusión. Un "método seguro para exterminar los saltamontes" significa algo más que lo que el vendedor entregó. Por lo general, los tribunales otorgan un remedio a las víctimas de promesas engañosas.

Si se incumple una promesa legalmente exigible, ¿cuál debería ser el remedio? Un remedio requiere que el violador de la promesa la cumpla. Por ejemplo, si el tribunal decidiera que el vendedor del ejemplo 2 incumplió su promesa, podría ordenar que el vendedor entregue el Cadillac al comprador. Esta clase de remedio es imposible en el ejemplo 3, porque el vendedor no puede exterminar los saltamontes como lo prometió. En consecuencia, en el ejemplo 3, el remedio debe implicar el pago de daños monetarios como una compensación por no haber entregado un extinguidor eficaz de los saltamontes.

Nuestros ejemplos ilustran las dos cuestiones fundamentales del derecho de los contratos: "¿Qué promesas deben hacerse cumplir legalmente?" y "¿cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?" Los tribunales enfrentan estas interrogantes cuando deciden las disputas contractuales, y las legislaturas enfrentan estas interrogantes cuando debaten proyectos legislativos para regular los contratos. Una teoría del derecho de los contratos debe guiar a los tribunales, las legislaturas y las partes privadas (y sus abogados), quienes celebran contratos.

1. TEORÍA DE LA NEGOCIACIÓN: UNA INTRODUCCIÓN A LOS CONTRATOS

A fines del siglo XIX y principios del siglo XX, los tribunales y los comentaristas

legales angloamericanos desarrollaron la teoría de la negociación de contratos para responder estas dos interrogantes fundamentales del derecho de los contratos. La teoría de la negociación sostenía que la ley debería hacer cumplir las promesas otorgadas en una negociación. A fin de aplicar esta respuesta, los teóricos aislaron y abstrajeron los elementos mínimos de una negociación característica. Los elementos mínimos de una negociación siguen siendo fundamentales para entender la noción que los abogados tienen de los contratos. Explicaremos la teoría de la negociación para aislar los elementos mínimos de una negociación, y luego utilizaremos estos elementos como bloques de construcción de una teoría económica de los contratos.

A. *"¿Qué promesas deberían ser legalmente exigibles? "*

La negociación es un diálogo sobre el valor para acordar un precio. La teoría de la negociación tiene una respuesta clara para esta interrogante que, siguiendo al profesor Mel Eisenberg, llamaremos el principio de la negociación: una promesa es legalmente exigible si se otorga cuando se formula como parte de una negociación; de otro modo, una promesa no es legalmente exigible. La teoría de la negociación hace depender el cumplimiento legal de una clasificación de las promesas como "negociaciones" o "no negociaciones". En consecuencia, la teoría requiere una especificación exacta de las condiciones necesarias y suficientes para que el tribunal concluya que hubo una negociación.

Los teóricos de la negociación distinguieron tres condiciones: oferta, aceptación y consideración. "Oferta" y "aceptación" tienen en esta teoría el mismo significado que en el discurso común: una de las partes debe formular una oferta ("Me llevaré ese Chevy abandonado por $1 000"), y la otra parte debe aceptarla ("Hecho"). A veces, las prácticas comerciales y las convenciones sociales prescriben las señales que deberán emitirse para hacer y formular las ofertas. Por ejemplo, en una subasta, un comprador puede señalar una oferta de compra levantando su mano, y el subastador puede indicar la aceptación gritando "¡Vendido!" A veces el derecho de los contratos y los estatutos especifican procedimientos para la oferta y la aceptación. Por ejemplo, la mayoría de los estados requieren contratos escritos y su registro en la venta de inmuebles.

El "promitente" es la persona que otorga una promesa, y el "receptor de una promesa" es la persona que recibe una promesa. En una negociación, el receptor induce al promitente a hacer la promesa. La inducción puede consistir en dinero, como ocurre cuando el agricultor paga $25 por la promesa de un instrumento que extermina saltamontes. La inducción puede consistir en bienes, como ocurre cuando un vendedor de automóviles entrega un automóvil a cambio de la promesa de un pago futuro. La inducción puede consistir en un servicio, como ocurre cuando un pintor pinta una casa a cambio de la promesa de un pago futuro. O la inducción puede consistir en otra promesa, como ocurre cuando un

agricultor promete entregar trigo a un mayorista en el otoño, y el mayorista promete pagar cierto precio al recibir la mercancía. Así pues, las formas de una negociación incluyen el dinero por una promesa, los bienes por una promesa, los servicios por una promesa y la promesa por una promesa.

Independientemente de la forma, cada negociación implica una inducción recíproca: el receptor da algo para inducir al promitente a otorgar la promesa, y el promitente otorga la promesa para inducir al receptor. La ley utiliza el término técnico consideración para describir lo que da el receptor al promitente para inducir la promesa. Por ejemplo, el hecho de que el agricultor pague $25 es una consideración para la promesa de proporcionar un instrumento que extermine saltamontes. La entrega de un automóvil, el pintado de una casa o una promesa de entregar cosechas pueden ser consideraciones para una promesa de pago futuro.

De acuerdo con la teoría de la negociación, el contrato permanece incompleto hasta que el receptor entregue algo al promitente para inducir la promesa. Una vez completado, el contrato se vuelve legalmente exigible. En otras palabras, la consideración vuelve legalmente exigible a la promesa. La teoría de la negociación sostiene que las promesas aseguradas por una consideración son legalmente exigibles, mientras que las promesas que carecen de una consideración no son legalmente exigibles.

Ilustremos la teoría de la negociación aplicándola a los tres ejemplos del principio de este capítulo. En el ejemplo 1, el sobrino no dio aparentemente nada para inducir la promesa de su tío rico de un viaje alrededor del mundo. Aparentemente no hubo consideración, de modo que la promesa no es legalmente exigible. En general, la promesa de hacer un regalo, que no es inducida por la promesa de algo a cambio, no es legalmente exigible bajo la teoría de la negociación.

En cambio, en el ejemplo 2 sí hubo una consideración a cambio de la promesa de entregar el automóvil usado. La interrogante planteada en el ejemplo 2 consiste en saber si hubo una oferta y una aceptación. El vendedor pensaba que estaban hablando del Chevy abandonado, mientras que el comprador pensaba que estaban hablando del inmaculado Cadillac. El vendedor ofreció vender un bien y el comprador aceptó comprar otro bien. No hubo “reunión de las mentes”. Sin una reunión de las mentes, no hay oferta ni aceptación; sólo una falla de la comunicación.

En el ejemplo 3 el vendedor ofreció un método seguro para exterminar saltamontes a cambio de $25, el comprador aceptó la oferta y la consideración asumió la forma del pago de $25. Por lo tanto, la promesa es legalmente exigible de acuerdo con la teoría de la negociación. Queda la pregunta de si el vendedor hizo lo que prometió.

Concluiremos esta sección relacionando las negociaciones con la justicia. La mayoría de las personas tienen ciertas creencias acerca de las negociaciones

justas. En una negociación justa, cada parte entrega un valor equivalente. En el lenguaje del derecho, un contrato es justo cuando el valor de la promesa es proporcional al valor de la consideración. En una negociación injusta, en cambio, el valor de la promesa es desproporcionado al valor de la consideración. Para ilustrar una negociación injusta, recordemos que el hermano mayor (Esaú), en una famosa historia bíblica, prometió ceder sus derechos hereditarios a un hermano menor (Jacob) a cambio de un plato de lentejas.

De acuerdo con la teoría de la negociación, un tribunal debería hacer cumplir las promesas inducidas por una consideración, independientemente de que la consideración tenga o no un valor equivalente al de la promesa. Aquí basta que el promitente crea que la consideración es adecuada para inducir la promesa. La teoría de la negociación sostiene que los tribunales deberían determinar si ocurrió una negociación, sin inquirir si la negociación fue justa. En consecuencia, la doctrina de la consideración exige que los tribunales hagan cumplir algunas promesas injustas, como el intercambio de una herencia por un plato de lentejas.[1]

Otra teoría limitaría a los tribunales a hacer cumplir las negociaciones justas. Para aplicar tal teoría, un tribunal tendría que preguntarse si el valor de la promesa era equivalente al valor de la consideración. A menudo, las personas difieren acerca del valor de los bienes, y los litigantes con frecuencia disfrazan los valores a la vista de los tribunales. La supervisión de la justicia en todas las negociaciones abrumaría a los tribunales e inhibiría el comercio. En consecuencia, la mayoría de las personas desea que los tribunales hagan cumplir las negociaciones, sin supervisarlas. Es posible que este hecho explique por qué los tribunales en general no examinan la justicia de las negociaciones. Sin embargo, algunas negociaciones son tan desmesuradas que la mayoría de las personas requiere poca información para condenarlas como injustas. Los tribunales estadunidenses modernos se niegan a veces a hacer cumplir las negociaciones extremadamente desmesuradas. (Véase en el capítulo siguiente el análisis de la "inconsciencia".)

Jurisprudencia tipo Humpty-Dumpty:
la historia de la palabra "consideración "

> Cuando uso una palabra, quiere decir lo que yo quiero que diga... ni más ni menos.
>
> *Humpty-Dumpty en Lewis Carroll,*
> *A través del espejo*

En la teoría de la negociación de contratos, "consideración" significa algo que el receptor entrega al promitente para inducir la promesa. De acuerdo con la teoría de la negociación, la consideración vuelve a la promesa

legalmente exigible. Los tribunales angloamericanos aceptaron la teoría de la negociación en los primeros años del siglo XX y por lo tanto adoptaron el principio legal de que la consideración vuelve legalmente exigible una promesa. Más tarde, con el paso de los años, se acumularon las excepciones a ese principio. Sin embargo, los tribunales son lentos para descartar los principios abstractos que adoptan. En lugar de renunciar al principio de la consideración, los tribunales hicieron algo característico en ellos: cambiaron el significado de la "consideración". En vez de significar "algo que el receptor otorga al promitente para inducir la promesa", la palabra "consideración", tal como la usan los tribunales, llegó a significar "aquello que vuelve legalmente exigible a una promesa".

Una tautología es una proposición que es cierta por la definición de las palabras, como cuando decimos que "todos los esposos están casados". Cuando los tribunales cambiaron el significado de "consideración", redujeron el principio legal de la consideración a una tautología. Si consideración significa "aquello que vuelve legalmente exigible una promesa", no tendrá ninguna fuerza el principio de que "la consideración vuelve legalmente exigible una promesa". Cuando se reduce a una tautología, un principio legal sólo llama nuestra atención sobre el significado de una palabra, en lugar de decirnos algo acerca de las consecuencias legales de nuestras acciones. Habiendo convertido el principio de la consideración en una tautología, los tribunales podrían afirmar su verdad sin temor a equivocarse. Por lo tanto, tenemos aquí un ejemplo de la jurisprudencia Humpty-Dumpty.

En la mayoría de los países de habla inglesa, la doctrina legal tradicional requiere una "consideración" para que una promesa sea legalmente exigible. (Véase el recuadro "Jurisprudencia tipo Humpty-Dumpty".) Sin embargo, en lugar de recurrir a la "consideración" para identificar el elemento esencial de una promesa legalmente exigible, la tradición legal civil que prevalece en la Europa continental recurre a la idea igualmente misteriosa de "causa". Así como la teoría de la negociación trata de explicar la "consideración", se han propuesto diversas teorías para explicar la "causa", como ocurre con la teoría de la voluntad. Según la teoría de la voluntad, un contrato obligatorio requiere una intención de las partes de obligarse. Cuando cada parte tiene la intención de obligarse a la promesa, sus voluntades se encuentran, dando lugar al contrato. El encuentro de las mentes asemeja la eficiencia de Pareto, como explicaremos.

PREGUNTA VIII.1

La gente cambia a menudo la forma de una promesa, tratando de incrementar su certeza de que los tribunales la harán cumplir de acuerdo con sus términos. Por ejemplo, supongamos que el tío rico del ejemplo 1 deseaba asegurar a su sobrino el carácter exigible de la promesa de un viaje

alrededor del mundo. Puede ser que él haga esto cambiando la forma de la promesa, de un regalo a una negociación. De acuerdo con la tradición, el tío ofrecería solemnemente regalar a su sobrino un viaje alrededor del mundo a cambio de un pedazo de chile, y el sobrino daría solemnemente al tío un pedazo de chile. ¿Volverá esta charada exigible la promesa del tío bajo la teoría de la negociación? Conteste esta pregunta empleando la doctrina de que los tribunales inquieren sobre la presencia de la consideración, pero no de su adecuación. Conteste también esta pregunta empleando la doctrina de que los tribunales deben negarse a exigir el cumplimiento de las negociaciones extremadamente injustas.

B. *¿Cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?*

La teoría de la negociación tenía también una respuesta para la segunda interrogante fundamental de la teoría de los contratos: "¿Cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?" De acuerdo con la teoría de la negociación, el receptor tiene derecho al "beneficio de la negociación", es decir, al beneficio que habría obtenido del cumplimiento de la promesa. El cálculo de la compensación de acuerdo con esta fórmula implica una respuesta al interrogante contrario a los hechos: "¿Cómo habría mejorado la situación del receptor si el promitente hubiese cumplido la promesa?" El interrogante contrario a los hechos se refiere al beneficio que el receptor podría esperar razonablemente del cumplimiento. En consecuencia, llamamos daños de expectativa a la medida del daño según la teoría de la negociación.

Adviértase la conexión existente entre las respuestas a los dos interrogantes: "¿Qué promesas deben hacerse cumplir legalmente?" y "¿cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?" Las promesas deben exigirse legalmente, de acuerdo con la teoría de la negociación, si forman parte de una negociación; y el remedio para el incumplimiento de una promesa legalmente exigible es un premio por el valor esperado de la negociación. El hecho de una negociación establece la obligación legal, y el valor esperado de una negociación mide los daños.

Supongamos que las promesas son legalmente exigibles en los tres ejemplos presentados al inicio de este capítulo. ¿Qué miden los daños de expectativa? El daño de expectativa para el estudiante del ejemplo 1 es igual al valor que tenga para él un viaje alrededor del mundo. El daño de expectativa del comprador del ejemplo 2 es igual a la diferencia entre el valor que el comprador otorgue al Chevy abandonado y el valor que otorgue al inmaculado Cadillac. En el ejemplo 3 el daño de expectativa del agricultor es igual al valor de los cultivos destruidos por los saltamontes.

Los valores contrarios a los hechos son difíciles de calcular. El costo de un viaje alrededor del mundo, como en el ejemplo 1, depende de la ruta que se siga y de que el viajero vaya en primera clase o en la clase económica. El valor de un Cadillac único y antiguo, como en el ejemplo 2, depende de las preferencias

subjetivas del comprador. El valor de la exterminación de los saltamontes en el ejemplo 3 depende del valor de los cultivos que se habrían cosechado si no hubiesen sido destruidos por los insectos.

C. *Una crítica a la teoría de la negociación*

Es clara la respuesta de la teoría de la negociación para el primer interrogante del derecho de los contratos. Desafortunadamente, como una descripción de lo que hacen realmente los tribunales, la respuesta está también errada. A veces, la persona que hace una promesa desea cumplirla y lo mismo ocurre con quien la recibe. El derecho de los contratos debería hacer cumplir tal promesa para ayudar a las personas a obtener lo que desean. Sin embargo, la teoría de la negociación niega el cumplimiento forzoso cuando la promesa no surgió de una negociación.

Por ejemplo, supongamos que el comprador inicia su búsqueda de un automóvil tomando un Chevrolet nuevo para hacer un viaje de prueba. Después de la prueba, el comprador planea continuar su búsqueda visitando otros distribuidores de automóviles. El vendedor desea inducir al comprador a que considere con cuidado la compra del Chevrolet nuevo. En consecuencia, el vendedor promete vender el Chevrolet nuevo al comprador, por un precio estipulado, siempre que el comprador acepte en el término de una semana. En otras palabras, el vendedor hace una "oferta en firme" y promete "mantenerla abierta" durante una semana. El comprador no quiere perder tiempo considerando la oferta cuidadosamente para descubrir después que el vendedor se retracta. En consecuencia, el comprador desea que la promesa sea legalmente exigible. El vendedor sabe que será más probable que el comprador considere la oferta con cuidado si la promesa es legalmente exigible, de modo que el vendedor desea que en tal caso la promesa sea legalmente exigible. Por lo tanto, el promitente y el receptor desean que las promesas sean legalmente exigibles. A pesar de los deseos de ambas partes, la teoría de la negociación no considera la promesa legalmente exigible porque el comprador no dio nada al vendedor a cambio de su promesa de mantener abierta la oferta ("no hay consideración").

En otro ejemplo, supongamos que una prominente ex alumna promete entregar a la Universidad Old Siwash los fondos necesarios para la construcción de un edificio nuevo que la universidad desea erigir. La ex alumna también desea que la universidad empiece la construcción de inmediato. A fin de obtener el efectivo necesario para la donación, la ex alumna debe liquidar activos, lo que llevará algún tiempo. La universidad no se atreve a iniciar la construcción sin tener una promesa legalmente exigible. En este ejemplo, ambas partes desean que la promesa sea legalmente exigible, pero la teoría de la negociación niega tal carácter a esta promesa, porque "carece de consideración".[2] Las promesas de donativos no son inducidas por la perspectiva de una ganancia, de modo que siempre carecen de consideración.

En los dos ejemplos precedentes, ambas partes de la promesa desean que sea legalmente exigible, pero la teoría de la negociación rechaza tal carácter. Una teoría legal que defrauda los deseos de las personas afectadas por la ley es una teoría dogmática. En cambio, una teoría legal que satisfaga los deseos de las personas afectadas por la ley es una teoría que da respuesta. En general, una teoría que da respuesta maximiza el bienestar de las personas, mientras que una teoría dogmática sacrifica el bienestar de la gente en aras de otros fines. Los tribunales de los Estados Unidos prefieren ahora dar respuesta antes que ser dogmáticos. En consecuencia, a menudo hacen cumplir las ofertas en firme y las promesas de donativos.[3] A resultas de tales hechos, la teoría de la negociación es típicamente considerada como una teoría errada.[4]

La teoría de la negociación enfrenta otro problema: aconseja que cualquier negociación sea legalmente exigible, siempre que haya una negociación e independientemente de lo extravagantes que sean los términos. Como vimos antes en este capítulo, el agricultor y el vendedor de un "medio seguro para exterminar saltamontes" tienen, de acuerdo con la teoría de la negociación, una negociación. Por lo tanto, debe cumplirse forzosamente; de acuerdo con la teoría de la negociación no hay ninguna razón para negar el cumplimiento. Pero el cumplimiento forzoso de esta promesa nos deja un mal sabor de boca. Hay engaño y truco de parte del vendedor. Y aunque podría decirse que "los compradores deben cuidarse", el comportamiento del vendedor viola aquí normas comunitarias muy amplias acerca de lo que es el trato justo. En efecto, la mayoría de los tribunales modernos no haría cumplir este contrato, precisamente porque es engañoso. (En el capítulo siguiente comentaremos la ventaja justa y la injusta.)

Hemos visto que la teoría de la negociación de los contratos no es una teoría particularmente buena de la contratación. Por un lado, es demasiado incluyente (porque promueve que todos los contratos sean exigibles aunque, en otros términos, no deberían serlo) y, por el otro, no es lo suficientemente incluyente (porque no promueve que sean exigibles las promesas que ambas partes realmente desean que lo sean). Además, la teoría no describe lo que hacen efectivamente los tribunales. Es decir, no pronostica correctamente cuáles promesas son legalmente exigibles y cuáles no. Queremos una teoría más general que describa lo que los tribunales hacen efectivamente y que pueda explicar cuáles acuerdos consensuales tienen probabilidades de ser exigibles (y hasta qué punto) en cualquier sistema legal.

2. Teoría económica del cumplimiento de contratos

Queremos remplazar la teoría de la negociación con una teoría de los contratos menos dogmática, que dé más respuesta. En los dos ejemplos anteriores, el cumplimiento forzoso del contrato mejora aparentemente la situación de las dos

personas, medida por sus propios deseos, sin empeorar la situación de nadie. Siempre que un cambio de la ley mejore la situación de alguien sin empeorar la situación de nadie, la "eficiencia de Pareto" requiere que se cambie la ley. La "ley eficiente en el sentido de Pareto" es un nombre técnico para la ley que da respuesta. Una teoría del derecho basada en la eficiencia de Pareto da respuesta y no es dogmática.

En general, la eficiencia económica requiere el cumplimiento forzoso de una promesa si el promitente y el receptor deseaban ese cumplimiento cuando se hizo la promesa. Elaboramos esta idea central de la teoría económica de los contratos para contestar el primer interrogante del derecho de los contratos: "¿Qué promesas deben cumplirse legalmente?"

A. *Cooperación y compromiso*

Muchos intercambios ocurren de manera instantánea y simultánea, como cuando un comprador paga en efectivo los bienes que compra en la tienda. En un intercambio simultáneo e instantáneo, hay escasa razón para prometer nada. Por lo general, formular promesas se refiere a los intercambios diferidos, es decir, a las transacciones que requieren el paso del tiempo para su terminación. Por ejemplo, una parte paga ahora y la otra promete entregar los bienes más tarde ("el pago por una promesa"); una parte entrega bienes ahora y la otra promete pagar después ("los bienes por una promesa"), o una parte promete entregar bienes más tarde y la otra promete pagar cuando se entreguen los bienes ("promesa por promesa").

El paso del tiempo entre el intercambio de promesas y su cumplimiento crea incertidumbres y riesgos. Las incertidumbres y los riesgos crean obstáculos para el intercambio y la cooperación. Por ejemplo, consideremos el intercambio diferido cuando las promesas no son legalmente exigibles. El vendedor pide al comprador que pague ahora por la entrega futura de bienes. Esta promesa que no es exigible implica un alto riesgo de que el vendedor no entregue los bienes como lo prometió. Un comprador cauto podrá negarse a pagar ahora por una promesa de entregar bienes en el futuro que no sea exigible. El comprador cauto desea algo más fuerte que una obligación moral por parte del vendedor de entregar los bienes. Además, el comprador cauto desea una obligación legal del vendedor de entregar los bienes. El comprador cauto puede estar dispuesto a pagar ahora por una promesa exigible de entregar los bienes en el futuro. Por lo tanto, el carácter exigible de las promesas estimula el intercambio y la cooperación entre los individuos.

Adviértase que las dos partes de este ejemplo desean que la promesa del vendedor sea exigible en el momento en que se hace. El comprador cauto desea el carácter exigible a fin de proveer un incentivo para el cumplimiento del vendedor y un remedio para el incumplimiento del vendedor. El vendedor desea

el carácter exigible a fin de inducir al comprador a hacer la compra. Al volver exigible la promesa, el tribunal puede dar a ambas partes lo que desean. En esa forma promoverá el intercambio y estimulará la cooperación al reducir la incertidumbre y el riesgo.

A fin de desarrollar esta idea, describiremos una situación llamada el "juego de la agencia" que surge a menudo en la actividad comercial. En este juego, el primer jugador decide si pondrá o no un activo valioso bajo el control del segundo jugador. El primer jugador podría ser un inversionista en una corporación, un consumidor que anticipa fondos para la compra de bienes, un depositante de un banco, el comprador de una póliza de seguros, o alguien que contrata los servicios de una compañía de transportación, por ejemplo. Si el primer jugador pone el activo bajo el control del segundo jugador, este último decidirá si coopera o se apropia del activo. La cooperación es productiva. La productividad podría asumir la forma del beneficio derivado de una inversión, el excedente del comercio o el interés de un préstamo. Las partes se dividen el producto de la cooperación, de modo que ambas se benefician. La apropiación es redistributiva. La redistribución beneficia al segundo jugador a expensas del primero.

En la figura VIII.1 representamos estas alternativas y les asignamos números. Los números indican la diferencia de la riqueza de los dos jugadores antes y después de jugar el juego de la agencia. El primer jugador que hace una movida en la figura VIII.1 decide si hará o no una inversión de 1. Si no se hace ninguna inversión, el juego termina y los jugadores no reciben nada. Si se hace una inversión, el segundo jugador decide si cooperará o se apropiará del activo. La cooperación produce una ganancia total de 1. Los jugadores se dividen esa ganancia por partes iguales: el primer jugador recupera la inversión de 1 y además recibe una ganancia de 0.5, y el segundo jugador recibe una ganancia de 0.5. Así pues, los dos jugadores se benefician igualmente con el juego de la agencia. Por otra parte, el segundo jugador puede apropiarse del activo. La apropiación permite que el segundo jugador adquiera la inversión del primer jugador, sin producir nada: el primer jugador pierde 1 y el segundo jugador gana 1.

Consideremos las mejores movidas que cada jugador puede hacer en la figura VIII.1. Si el primer jugador invierte, el segundo jugador recibirá más de la apropiación que de la cooperación. En consecuencia, la mejor movida del segundo jugador es la apropiación.[5] El primer jugador podría sospechar que el segundo jugador se apropiará de su activo. En consecuencia, la mejor movida del primer jugador es "no invertir". Hemos demostrado que la solución del juego de la agencia en la figura VIII.1 es "no invertir".

Las ganancias del juego de la agencia de la figura VIII.1 suponen que las partes no pueden celebrar un contrato legalmente exigible. El impedimento para un contrato legalmente exigible podría ser el carácter dogmático de la ley dogmática

o la corrupción de los tribunales.

Consideremos ahora de qué manera cambiaría la matriz si suponemos una ley que da respuesta y tribunales honestos, de modo que las partes pueden celebrar un contrato legalmente exigible. Supongamos que el segundo jugador ofrece cooperar a cambio de una inversión del primer jugador; y que el primer jugador acepta el ofrecimiento e invierte. La inversión del primer jugador es una consideración para la promesa del segundo jugador. Supongamos que la ley considerara al segundo jugador responsable del pago de daños compensatorios en caso de que incumpla la promesa y se apropie del activo.

FIGURA VIII.1. *Juego de la agencia sin contrato*

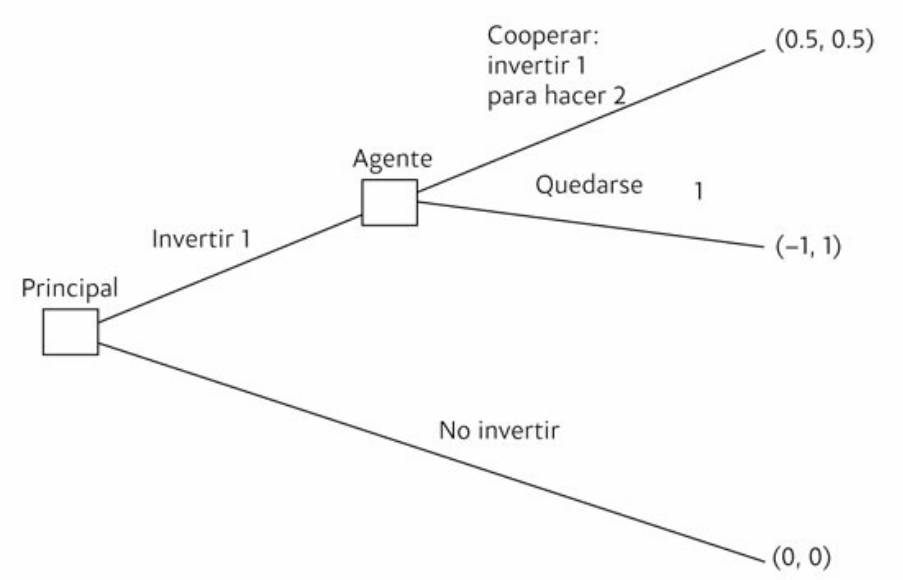
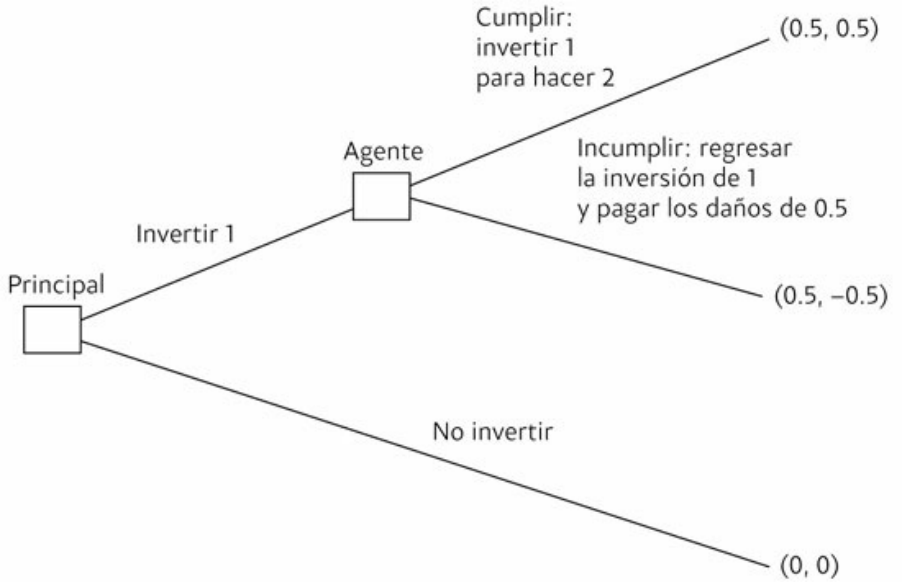


FIGURA VIII.2. *Juego de la agencia con contrato*



La figura VIII.2 representa las nuevas ganancias del juego de la agencia cuando

el primer jugador ofrece invertir a cambio de una promesa legalmente exigible de cooperación por parte del segundo jugador. Consideremos las ganancias del primer jugador. Si el primer jugador invierte y el segundo jugador cumple su promesa, el primer jugador recuperará su inversión y recibirá además una ganancia adicional de 0.5. Si el primer jugador invierte y el segundo jugador incumple su promesa, el primer jugador recibirá el pago de daños compensatorios. Suponemos que el pago de daños compensatorios restablece las ganancias del primer jugador al nivel que habría disfrutado si el segundo jugador hubiese cumplido su promesa. Si el segundo jugador hubiese cumplido su promesa, el primer jugador habría recuperado la inversión de 1 y recibido una ganancia de 0.5. Por lo tanto, el primer jugador recibe una ganancia neta de 0.5 por su inversión, independientemente de lo que haga el segundo jugador. Por otra parte, el primer jugador puede recibir una ganancia de 0 si no invierte. Frente a estas dos alternativas, la inversión es la mejor movida del primer jugador.

Supongamos que el primer jugador invierte y consideremos las ganancias del segundo jugador. El segundo jugador recibe una ganancia de 0.5 si cumple lo prometido (cooperación). En cambio, el incumplimiento del contrato (apropiación) genera una ganancia de 1 para el segundo jugador, quien deberá pagar una compensación al primer jugador. Como compensación, el primer jugador deberá recibir 1 que ha invertido y 0.5 que se esperaba por concepto de beneficios. En consecuencia, una suma de 1.5 deberá restarse de la ganancia de 1 del segundo jugador, quien obtendrá una ganancia neta de -0.5 por haber incumplido el contrato. Por lo tanto, la mejor movida para el segundo jugador es la cooperación.

La figura VIII.1 muestra que el primer jugador no invertirá cuando las promesas no sean legalmente exigibles. La figura VIII.2 muestra que el primer jugador invertirá y el segundo jugador cooperará cuando las promesas sean legalmente exigibles. Por lo tanto, un contrato legalmente exigible convierte un juego de solución no cooperativa en un juego de solución cooperativa. El *primer propósito del derecho de los contratos es el de permitir que los individuos cooperen convirtiendo los juegos de soluciones no cooperativas en juegos de soluciones cooperativas*.

La actividad empresarial moderna proporciona innumerables ejemplos del juego de la agencia. De este modo, un innovador en el Valle del Silicio pide a una empresa capitalista que invierta $1 millón en una empresa nueva para desarrollar un nuevo chip de computadora. Al desarrollar el chip, el innovador puede convertir el millón dólares en $2 millones. El innovador promete desarrollar el chip y compartir las ganancias de $1 millón en partes iguales con el inversionista. Sin embargo, en lugar de desarrollar el chip, el innovador podría tratar de apropiarse del millón del inversionista. Una promesa exigible para desarrollar el chip evitará que el innovador se apropie del dinero; de manera que el

inversionista confiará en el innovador e invertirá el dinero.

Hemos demostrado que la solución única para el juego de la agencia con un contrato es la de "invertir" y "cumplir" (cooperar). Hasta ahora hemos discutido la mejor movida para cada jugador desde el punto de vista de ese jugador. Consideremos ahora la suma de las ganancias de ambos jugadores. Los números suman 1 cuando el primer jugador invierte y el segundo jugador coopera. De otro modo, los números suman cero. La inversión y la cooperación son productivas, mientras que la "no inversión" no cambia nada y la "apropiación" sólo redistribuye el dinero del primer jugador al segundo. Dados estos hechos, podemos expresar de otro modo la conclusión precedente: *el primer propósito del derecho de los contratos es el de permitir que los individuos conviertan los juegos de soluciones ineficientes en juegos de soluciones eficientes*.

El lenguaje de la teoría de juegos aclara cómo los contratos legalmente exigibles promueven la cooperación. En la teoría de juegos, un compromiso elimina una oportunidad. Por ejemplo, en el libro clásico sobre el arte de la guerra, el filósofo chino Sun Tzu escribe: "Cuando tu ejército ha cruzado la frontera [hacia territorio hostil], debes quemar tus naves y puentes, a fin de dejar en claro para todos que no sientes nostalgia por tu hogar".[6] La quema de los puentes compromete al ejército a atacar eliminando la oportunidad de retirarse. De igual modo, la celebración de un contrato compromete al segundo jugador de la figura VIII.2 a cooperar. El compromiso se logra eliminando la oportunidad de la apropiación. La oportunidad de la apropiación se elimina por el alto costo de la responsabilidad del incumplimiento. Un compromiso es creíble cuando la otra parte observa la eliminación de una oportunidad.

El chef del hotel le pregunta si prefiere un menú de pollo o uno de carne para la cena, o un menú de pollo o carne o pescado. Quizás usted piensa para sí mismo que "una oferta más amplia no me hará mal, y podría ser mejor". Esto es cierto para muchas opciones de restaurantes, pero es falso para la coordinación con los demás en situaciones como la del juego de la agencia. Es probable que tenga que comprometerse a no tomar ciertas decisiones con el fin de inducir a la otra parte para que coopere con usted.

He aquí cómo respondimos a la primera pregunta del derecho contractual: por lo general, una promesa se debe cumplir si ambas partes deseaban que se cumpliera cuando se formuló. El juego de la agencia muestra por qué las dos partes generalmente desean la exigibilidad, de modo que el agente puede comprometerse al cumplimiento de manera creíble y el principal tiene la confianza suficiente para poner un activo bajo el control del agente.

PREGUNTA VIII.2

Explique por qué la teoría económica de los contratos impondría el cumplimiento forzoso de la oferta en firme de vender un Chevrolet y la promesa de un donativo a la Universidad Old Siwash.

PREGUNTA VIII.3

Explique por qué los números de la figura VIII.2 indican que el segundo jugador es responsable del pago de daños de en caso de incumplimiento.

PREGUNTA VIII.4

En la figura VIII.2 ambas partes desean que la promesa del segundo jugador sea legalmente exigible en el momento en que se hace, pero cuando llega el momento de cumplir, es posible que el promitente no desee el cumplimiento forzoso. ¿Qué dicen estos hechos acerca de la eficiencia de Pareto del cumplimiento forzoso de la promesa del segundo jugador? (Pista: distinga entre la eficiencia de Pareto del cumplimiento forzoso cuando se hace la promesa, que podemos llamar eficiencia de Pareto *ex ante*,y la eficiencia de Pareto del cumplimiento efectivo de la promesa cuando llega el momento de cumplir, que podemos llamar eficiencia de *Pareto ex post*.)

PREGUNTA VIII.5

Como un ejercicio en el campo del vocabulario legal, modificaremos los hechos acerca del contrato de la figura VIII.2 y los describiremos de otro modo. Supongamos que el primer jugador invierte a cambio de la promesa de cooperar del segundo jugador, y que el segundo jugador acepta prometiendo cooperar. ¿Cuál es la "consideración" en este contrato?

PREGUNTA VIII.6

La figura VIII.2 describe un juego basado en una negociación. Construya una matriz similar para describir un juego basado en una oferta firme.

NOTA WEB VIII.1

En nuestro sitio web se describe algo de la literatura sobre la responsabilidad por los costos de la negociación precontractual y la economía de las promesas de regalos.

3. Teoría económica de los remedios contractuales

Hemos esbozado la respuesta a la pregunta: "¿Qué promesas se deben exigir?" Ahora pasamos a la segunda pregunta del derecho contractual: ¿Cuál debería ser el remedio para el incumplimiento de las promesas exigibles?

EJEMPLO 4

Ivonne tiene un restaurante para economistas que se llama La Casa de los Wafles. Su negocio prospera y necesita un lugar más grande. Ella contrata a Xavier, un constructor, que promete expandir el restaurante y terminar el trabajo pare el 1 de septiembre. Su restaurante permanecerá cerrado mientras él construye. Xavier sabe que algunos acontecimientos podrían comprometer la finalización de la construcción a tiempo. Particularmente, le preocupa que las autoridades municipales puedan retrasar la emisión de los permisos necesarios para comenzar la construcción. Si tiene buena suerte, conseguirá los permisos con tiempo suficiente para terminar la construcción a tiempo a un bajo costo. Si tiene mala suerte, tardará en obtener los permisos, y tendrá que elegir entre terminar la construcción a tiempo a un alto costo, o incumplir el contrato y retrasar la finalización del edificio.

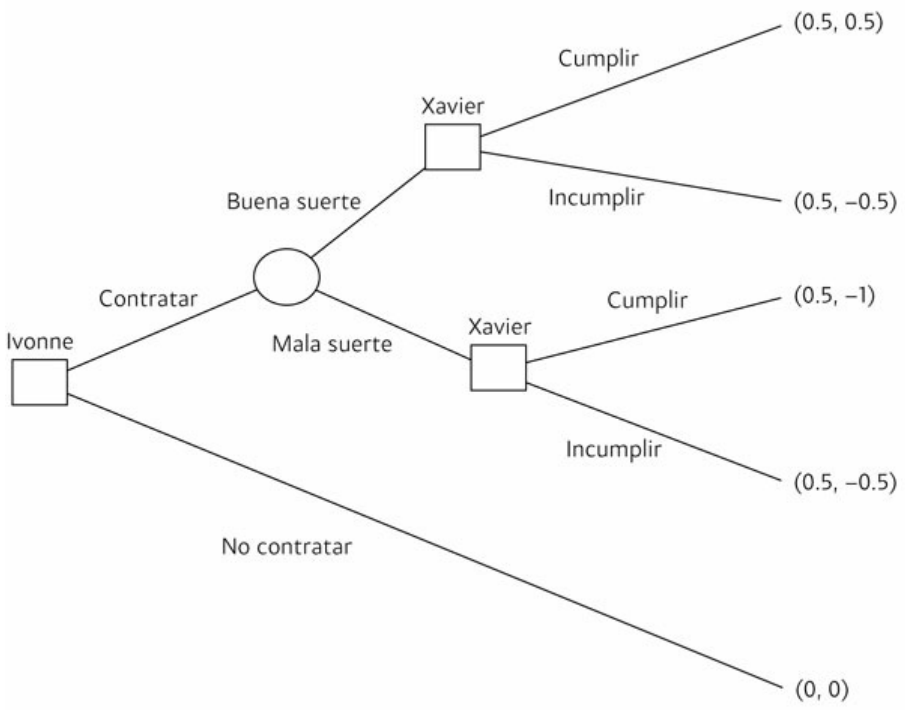
La figura VIII.3 representa La Casa de los Wafles con números. El contrato exige que Ivonne le pague 1 a Xavier por anticipado y que pague 0.5 por la finalización de la construcción a tiempo. Si termina a tiempo, la construcción valdrá 2 para Ivonne. De este modo, Ivonne podría ganar 0.5 del proyecto de construcción. Si tiene buena suerte, las autoridades emitirán los permisos de construcción a tiempo y Xavier hará el trabajo por el costo bajo de 1, de modo que él ganará 0.5. (Sorprendentemente, en la figura VIII.3 los números para la rama de la "buena suerte" son los mismos que en la figura VIII.2.) Si tiene mala suerte, las autoridades retrasarán la emisión de los permisos. Xavier podrá terminar la construcción a tiempo a un alto costo de 2.5, de modo que perderá 1 y ella ganará 0.5. En cambio, Xavier puede incumplir el contrato y terminar la construcción a destiempo a un costo de 1, en cuyo caso Xavier le deberá a Ivonne 0.5 por daños; de modo que perderá 0.5 y ella ganará 0.5.

La figura VIII.3 muestra la elección de Xavier de cumplir o incumplir. Dada la buena suerte, Xavier está en una mejor situación para cumplir con un beneficio de 0.5 que para incumplir con un beneficio de -0.5. Dada la mala suerte, Xavier está en una mejor situación para incumplir con un beneficio de ? 0.5 que para cumplir con un beneficio de -1. Dado que Ivonne es compensada totalmente por el incumplimiento, su situación no empeora por el incumplimiento.

La actividad empresarial moderna proporciona innumerables ejemplos en los que el promitente prefiere incumplir y pagar los daños, en lugar de cumplir con una pérdida. De este modo, una empresa capitalista en el Valle del Silicio paga $1 millón por acciones preferentes de una nueva empresa que se compromete a desarrollar un nuevo chip de computadora. Según el contrato, la empresa nueva debe desarrollar y comercializar el chip dentro de tres años. Si la nueva empresa no lo hace, deberá pagar daños por $1.5 millones. Posteriormente, el innovador descubre un problema técnico que aumenta enormemente el costo del desarrollo del chip. En vez de continuar con el desarrollo, el innovador abandona el proyecto y paga $1.5 millones a la empresa capitalista.

En ocasiones, las partes de un contrato tienen muy poca visión de su propio interés, sobre todo en las transacciones de una sola vez o transacciones con participaciones importantes. Las ferias ambulantes, los vendedores de autos usados y los individuos comunes que compran o venden una casa suelen tratarse astutamente entre sí. Con el trato astuto, es posible que el promitente no se preocupe del daño que causa el incumplimiento al receptor de la promesa o de su propia reputación, pero sí le preocupa la responsabilidad legal. Él cumplirá si sus beneficios netos derivados del cumplimiento superan los beneficios netos derivados del incumplimiento menos la responsabilidad; de otro modo incumplirá.

FIGURA VIII.3 *Contrato con la suerte como variable que afecta el cumplimiento*



Para formalizar el comportamiento del promitente del trato astuto, supongamos que N_{px} y N_{bx} denotan los beneficios netos de Xavier derivados del cumplimiento y del incumplimiento, respectivamente. Supongamos que L_{bx} denota la responsabilidad de Xavier por el incumplimiento. Xavier sigue esta regla de decisión:

$$N_{px} \geq N_{bx} - Lbx \Rightarrow \text{cumplir}$$
$$N_{px} \leq N_{bx} - Lbx \Rightarrow \text{incumplir.}$$

Por lo tanto, cuando Xavier tiene buena suerte en la figura VIII.3, N_{px} = 0.5 y N_{bx} - L_{bx} = -0.5, de modo que Xavier cumple. En cambio, cuando Xavier tiene mala suerte en la figura VIII.3, N_{px} = -1 y N_{bx} - L_{bx} = -0.5, de modo que Xavier incumple.

Esta fórmula se refiere el compromiso real del promitente para cumplir con el contrato. Consideremos su compromiso idealmente eficiente. Supongamos que el contrato sólo afecta a las partes involucradas en él; por lo tanto, la eficiencia requiere la maximización de la suma de sus beneficios netos. En la notación, N_{px} + N_{py} denota la suma de los beneficios netos para Xavier e Ivonne derivados del cumplimiento, y N_{bx}+ N_{by} denota la suma de los beneficios netos para Xavier e Ivonne derivados del incumplimiento. La eficiencia requiere que Xavier siga esta regla de decisión:

$$N_{px} + N_{py} \geq N_{bx} + N_{by} \Rightarrow \text{cumplir}$$

$$N_{px} + N_{py} \leq N_{bx} + N_{by} \Rightarrow \text{incumplir.}$$

Como mencionamos antes, la ley otorga con frecuencia el pago de "daños de expectativa" como una compensación por el incumplimiento. El pago perfecto de los daños de expectativa vuelve a colocar al receptor de la promesa en la posición que hubiera disfrutado si se hubiese cumplido la promesa. En la notación, el pago perfecto de los daños de expectativa es igual a la diferencia en los beneficios netos de Ivonne entre el cumplimiento y el incumplimiento: $L = N_{py} - N_{by}$.Sustituimos este valor para *L* en la regla de decisión para Xavier y es igual a la regla de decisión para la eficiencia. (Compruébelo usted mismo.) Hemos establecido la siguiente proposición: *cuando un contrato sólo afecta a las partes involucradas, la responsabilidad por el pago perfecto de los daños de expectativa otorga al promitente incentivos eficientes para cumplir o incumplir*.

¿Cuál debería ser el remedio para el incumplimiento de las promesas exigibles? Ésta es la segunda pregunta fundamental del derecho contractual. La proposición anterior, la cual eludió a los teóricos del contrato durante décadas, sugiere una respuesta: el pago de daños de expectativa. Ésta es la respuesta correcta para hacer que las personas que hacen promesas tomen un nivel eficiente de compromiso para cumplirlas. También es la respuesta correcta para compensar plenamente a las víctimas del incumplimiento.

De hecho, el pago de daños de expectativa es el remedio más común para el incumplimiento de contratos en los Estados Unidos. Aparentemente, el pago perfecto de los daños de expectativa es el ideal legal, pero el remedio real suele diferir del remedio perfecto. El pago de daños por debajo del nivel perfecto hace que el promitente incumpla con demasiada frecuencia, y el pago de daños por encima del nivel perfecto hace que el promitente cumpla con demasiada frecuencia, como explicaremos en el siguiente capítulo.

PREGUNTA VIII.7

Supongamos que los altos costos del cumplimiento hacen que el promitente incumpla un contrato y pague en forma perfecta los daños de expectativa al receptor de la promesa. ¿Habría preferido el receptor que el promitente cumpliera?

PREGUNTA VIII.8

Explique el incremento de las ganancias totales cuando se permite que el promitente incumpla y pague daños de expectativa cuando el cumplimiento es eficiente.

A. *Precauciones para evitar el incumplimiento*

En el contrato de La Casa de los Wafles, Xavier tiene buena suerte y cumple, o tiene mala suerte y no cumple. Sin embargo, visto de manera realista, Xavier

puede influir en su suerte. Para aumentar la probabilidad de obtener un permiso de construcción a tiempo, puede contratar a un abogado, reunirse con los vecinos que están en desacuerdo y llamar a los políticos. Llamamos a estos actos "precaución del promitente para evitar el incumplimiento" porque reducen dicha probabilidad, así como las medidas de precaución del victimario reducen la probabilidad de que ocurra un accidente, como se discutió en el capítulo VI.

La sección anterior demostró que cuando un contrato sólo afecta a las partes involucradas en él, la responsabilidad por el pago perfecto de los daños de expectativa proporciona al promitente los incentivos eficientes para cumplir o incumplir. La misma proposición es verdadera para incentivar al promitente a tomar precauciones para evitar el incumplimiento. *Cuando un contrato sólo afecta a las partes involucradas en él, la responsabilidad por el pago perfecto de los daños de expectativa proporciona al promitente los incentivos eficientes para tomar precauciones para evitar el incumplimiento*.

B. *Confianza*

Ahora nos enfocaremos en las elecciones del receptor de la promesa, específicamente en su confianza en el contrato. En la figura VIII.3, Ivonne puede decidir contratar o no, pero luego de contratar no puede influir en sus beneficios. Ésta es una suposición simplificada. Visto de manera más realista, Ivonne puede aumentar su ganancia con el cumplimiento o reducir su pérdida con el incumplimiento. Ella puede aumentar su ganancia con el cumplimiento al pedir más comida con antelación, aceptar más reservaciones en el restaurante y arrendar más espacios de estacionamiento para sus clientes. En cambio, puede reducir su pérdida derivada del incumplimiento si hace lo contrario —ordenar menos comida con antelación, aceptar menos reservaciones en el restaurante y arrendar menos plazas de estacionamiento para sus clientes.

En general, la confianza es un cambio en la posición del receptor de la promesa provocado por la promesa. El cambio aumenta el beneficio del cumplimiento y el costo del incumplimiento, lo que hace que el contrato sea más riesgoso. Recordemos la promesa del tío rico de dar a su sobrino un viaje alrededor del mundo. El viaje es más valioso para el sobrino si compra los artículos necesarios con antelación —maletas, raquetas, salacot, etc. Pero deberá venderlos con pérdidas si su tío no cumple la promesa.

¿Son eficientes los incentivos reales de Ivonne para la confianza? No, si ella recibe el pago perfecto de los daños de expectativa por el incumplimiento. Cuando Ivonne recibe el pago perfecto de los daños de expectativa, la confianza aumenta sus beneficios derivados del cumplimiento, y su confianza también aumenta los costos de incumplimiento de Xavier. Con el pago perfecto de los daños de expectativa, Ivonne no asume ninguno de los riesgos de incumplimiento, y Xavier asume todos. Por lo tanto, *el pago perfecto de los*

daños de expectativa hace que Ivonne confíe demasiado en relación con la confianza eficiente.

En la notación, cuando Xavier tiene buena suerte y cumple, la confianza de Ivonne y aumenta su beneficio neto N_{gpy} según la función $N_{gpy} = N_{gpy}(y)$. Cuando Xavier tiene mala suerte e incumple, la confianza de Ivonne y disminuye su beneficio neto N_{bby} según la función $N_{bby} = N_{bby}(y)$. Cuando Xavier incumple, Ivonne recibe una compensación igual a su responsabilidad L_{bx}.Supongamos que w_y denota el precio de la confianza y. Por lo tanto, el valor esperado del contrato para Ivonne es igual a

$$(1 - p)\, N_{gpy}(y) + p(N_{bby}(y) + L_{bx}) - w_y y.$$

El pago perfecto de los daños de expectativa es igual a la diferencia en los beneficios netos de Ivonne entre el cumplimiento y el incumplimiento: $L_{bx} = N_{gpy}(y) - N_{bby}(y)$. Sustituimos este valor para L_{bx} en el valor esperado del contrato para Ivonne y se reduce a

$$N_{gpy}(y) - W_y y.$$

El riesgo de pérdida ha desaparecido de esta expresión. Cuando Ivonne elige y para maximizar esta expresión, sólo considera su aumento en los beneficios netos derivados del cumplimiento, mas no el aumento en la responsabilidad de Xavier derivada del incumplimiento.

Hemos demostrado que la responsabilidad por el pago perfecto de los daños de expectativa provee incentivos eficientes al promitente para tomar precauciones para evitar el incumplimiento, pero el receptor de la promesa carece de incentivos para limitar su confianza. Esta proposición debería parecerle familiar, porque se encontró con su equivalente en el capítulo VI con respecto a los ilícitos culposos: una regla de responsabilidad estricta con compensación perfecta para los accidentes provee incentivos eficientes para que el victimario tome precauciones, pero la víctima carece de incentivos para tomar precauciones. El pago perfecto de los daños tiene el mismo efecto en los contratos y en los ilícitos culposos: el victimario internaliza el daño y la víctima lo externaliza. Ésta es sólo una de las simetrías notables ocultas en la ley de responsabilidad.

La respuesta simple a la segunda pregunta del derecho contractual —¿cuál debería ser el remedio para el incumplimiento de las promesas exigibles?— es "el pago perfecto de los daños de expectativa". Este remedio es perfecto para los incentivos del promitente, pero imperfecto para los incentivos del receptor de la promesa. El derecho contractual ha desarrollado varias doctrinas para cambiar el pago de daños de expectativa y reducir la confianza excesiva en los contratos. En el siguiente capítulo se analizan algunas de estas doctrinas.

PREGUNTA VIII.9

Explique por qué el hecho de compensar a la víctima del incumplimiento por los daños de expectativa causa tanto el cumplimiento como el incumplimiento eficientes, mientras que el hecho de compensar a la víctima del incumplimiento por su exceso de confianza puede causar el cumplimiento y el incumplimiento ineficientes.

4. Interpretación económica de los contratos

Frecuentemente, la ejecución de un contrato involucra su interpretación, que a menudo plantea interrogantes. El contrato dice: "Se permiten excepciones", cuando las partes querían decir: "No se permiten excepciones". ¿Debería el tribunal interpretar el contrato conforme a su significado simple o conforme a la intención detrás de las palabras? El contrato dice "Se permiten dos excepciones", pero las partes habrían permitido una tercera excepción si hubieran pensado en ello. ¿Debería el tribunal interpretar el contrato para permitir una tercera excepción? Cuando el tío se comprometió a pagar por el viaje de su sobrino alrededor del mundo, ¿la promesa especificaba un pasaje aéreo en clase ejecutiva o en clase económica? Cuando un niño firma un contrato desfavorable, ¿debería el tribunal sustituir los términos reales con términos favorables para el niño? En lugar de sumergirnos en estas interrogantes —eso es para una clase de la escuela de leyes sobre contratos— elaboraremos algunos principios económicos para la interpretación de los contratos.

Contratos perfectos

Según el teorema de Coase, las partes racionales elaborarán un contrato perfecto cuando los costos de transacción sean nulos. Esta propuesta se aplica a los contratos. Cuando los costos de transacción sean nulos, el contrato es un instrumento perfecto para el intercambio: se anticipa cualquier eventualidad; todos los riesgos se internalizan; toda la información pertinente se comunica; no quedan lagunas que los tribunales deban subsanar; nadie necesita la protección del tribunal contra el engaño o el abuso; nada puede salir mal. Los contratos perfectos no plantean ninguna interrogante para su interpretación. Las partes necesitan al Estado para ejecutar un contrato perfecto de acuerdo a su significado simple, pero no se requiere nada más.

¿Por qué considerar semejante absurdo? Porque los contratos perfectos conectan al derecho con la economía. En microeconomía, los estudiantes aprenden la teoría de la competencia perfecta y luego utilizan las desviaciones de ella para analizar los mercados reales, como los mercados oligopólicos. A través de este enfoque, la microeconomía clasifica los diferentes tipos de imperfecciones del mercado de acuerdo con sus causas. Utilizaremos las teorías de las imperfecciones del mercado que los estudiantes aprenden en microeconomía para analizar las imperfecciones del contrato.

A diferencia de los contratos perfectos, los contratos reales asignan riesgos de manera imperfecta. Supongamos que el señor Morales firma un contrato con la Compañía Constructora Maíz Mier para que le construya una casa para su familia. El plano de los pisos, los materiales de construcción, el estilo de las alfombras, el jardín, el cumplimiento de los códigos de zonificación: todo esto y más se especifica, así como el precio a pagar y la fecha de terminación de la casa. Imaginemos ahora que algunas cosas pueden salir mal. El señor Morales podría fallecer, en cuyo caso el resto de la familia podría ya no desear la casa. El tribunal podría hacer que la propiedad del señor Morales sirva como pago por la casa después de su muerte, haciendo cumplir así el contrato tal como está escrito. O los funcionarios de la zonificación del gobierno local podrían rechazar los planos de construcción. El tribunal podría anular el contrato porque la ley prohíbe su construcción. En este caso, el tribunal llena la laguna del contrato al proveer términos propios que no contradigan los términos explícitos del contrato. O el señor Morales podría descubrir que el contrato exige que Maíz Mier instale tuberías sumamente inadecuadas. El tribunal podría decidir que Maíz Mier, el constructor, instale las tuberías adecuadas, a pesar de lo que diga el contrato. En este caso, el tribunal anula los términos explícitos en el contrato y los remplaza con sus propios términos.

Describimos tres posibles respuestas de los tribunales ante las imperfecciones del contracto: i)hacer cumplir los términos explícitos como si el contrato fuera perfecto; ii)subsanar las lagunas del contrato sin contradecir sus términos explícitos; o iii)remplazar los términos explícitos del contrato. Generalmente, los tribunales deberían tolerar las imperfecciones del contrato y hacer cumplir los términos tal como está escrito, así como los funcionarios deberían tolerar generalmente la imperfección del mercado y permitir que las empresas continúen sin regulación. Generalmente, la tolerancia es necesaria porque el Estado no puede solucionar la mayoría de las imperfecciones en las transacciones privadas, así como no puede solucionar la mayoría de las imperfecciones en los matrimonios. Cuando los tribunales tratan de mejorar los términos explícitos de un contrato, éstos cuentan con dos instrumentos disponibles: las reglas de omisión para subsanar las lagunas y las reglas obligatorias para remplazar los términos explícitos.

A. *Reglas de omisión*

Las lagunas en los contratos pueden ser involuntarias. El contrato de construcción puede no mencionar la posibilidad de que los funcionarios de zonificación rechacen el plano de construcción debido a que ni el señor Morales ni Maíz Mier pensaron acerca de esta posibilidad. En cambio, las lagunas pueden ser deliberadas. El contrato de construcción puede no mencionar la posibilidad de que los funcionarios de zonificación rechacen el plano de construcción porque

tanto el señor Morales como Maíz Mier creían que esta posibilidad era remota. Los riesgos remotos no justifican el costo de la negociación y de la elaboración de términos para su asignación. O se podría dejar una laguna deliberada en un contrato por razones psicológicas, como cuando una pareja promete casarse y no dice nada sobre la división de los bienes en caso de divorcio.

Consideremos los cálculos que podrían ocasionar que las partes racionales dejaran deliberadamente algunas lagunas en los contratos. Los "riesgos *ex ante*" se refieren al riesgo de pérdidas futuras que enfrentan las partes cuando negocian un contrato. Las "pérdidas *ex post*" se refieren a las pérdidas que efectivamente se generan luego de hacer un contrato. En general, las partes contratantes deben escoger entre la asignación de los riesgos *ex ante* y la asignación de las pérdidas ex post.Las partes esperan ahorrar costos de transacción dejando lagunas en los contratos siempre que el costo efectivo de la negociación de términos explícitos supere el costo esperado de llenar una laguna. El costo esperado de llenar una laguna en el contrato es igual a la probabilidad de que la pérdida ocurra, multiplicada por el costo subsecuente de su asignación. La siguiente regla resume estos hechos:

minimizar los costos de transacción de los contratos

asignación de un riesgo > asignación de una pérdida × probabilidad de una pérdida ⇒ dejar la laguna;

asignación de un riesgo ≤ asignación de una pérdida × probabilidad de una pérdida ⇒ llenar la laguna.

Cuando un tribunal imputa términos para subsanar una laguna en el contrato, los términos implícitos se aplican por omisión, lo que significa "en ausencia de términos explícitos en contrario". Las partes son libres de modificar los términos por omisión mediante el consentimiento mutuo. Si las partes asignan el riesgo de forma explícita, el tribunal hace cumplir los términos explícitos aunque contradigan los términos por omisión que el tribunal habría utilizado para subsanar una laguna. Por lo tanto, el tribunal podría hacer cumplir un término en el contrato de construcción que requiere que el señor Morales pague una compensación a Maíz Mier si los funcionarios de zonificación impiden la construcción, a pesar de que el tribunal habría anulado el contrato si no mencionara la desaprobación de la zonificación y los funcionarios de zonificación impidieran la construcción.

Los tribunales proporcionan términos por omisión para los contratos, siguiendo reglas. Estas "reglas de omisión" pueden ser eficientes o ineficientes. ¿Cuánto daño pueden hacer las reglas de omisión ineficientes? Eso depende de los costos de transacción que las rodea. Cuando una regla de omisión es ineficiente, las partes pueden obtener ganancias remplazándola con términos explícitos que son eficientes, pero tienen que asumir los costos de transacción de

la negociación de los términos explícitos. En cambio, cuando las reglas de omisión son eficientes, las partes no pueden obtener ganancias mediante la sustitución de la regla de omisión con términos explícitos. Cuando los tribunales proporcionan reglas de omisión eficientes, las partes ahorran el costo de la negociación de términos explícitos. Entre menos términos requieran negociación, el proceso de contratación será más barato. En general, todas las partes de un contrato pueden beneficiarse cuando los legisladores remplazan los términos por omisión ineficientes con términos por omisión eficientes, y la magnitud de los beneficios depende de los costos de transacción en torno a la regla de omisión.

El análisis económico ofrece una regla simple que los tribunales pueden aplicar a fin de identificar reglas eficientes: *imputemos los términos contractuales que las partes habrían convenido si hubiesen negociado sobre todos los riesgos relevantes*.[7] Éste es el método para subsanar las lagunas a través de una negociación hipotética. La negociación real consiste en los términos negociados por las partes. La negociación hipotética consiste en los términos que las partes habrían convenido si hubiesen subsanado las lagunas del contrato mediante una negociación. Para obtener la ganancia máxima, las partes habrían logrado una negociación eficiente. Para descubrir la negociación hipotética, el tribunal debe establecer la forma más eficiente de cooperación. (El tribunal puede o no tener que ajustar los precios en el contrato.[8]) Cuando los tribunales subsanan las lagunas imputando términos de la negociación hipotética, las partes reciben su contrato preferido. Las nuevas negociaciones entre ellos no pueden mejorarlo.

PREGUNTA VIII.10

"Las reglas de omisión ahorrarán costos de transacción en proporción directa a su eficiencia." Explique esta proposición.

PREGUNTA VIII.11

Supongamos que la compañía constructora completa la casa un mes más tarde de lo prometido. El tiempo inclemente, que no fue su culpa, causó la demora. Explique cómo podría calcular el tribunal el pago eficiente de los daños.

PREGUNTA VIII.12

Es posible que, en el convenio de asociación, los médicos que forman una sociedad no digan nada acerca de su disolución futura. Es posible que las partes eviten deliberadamente discutir la disolución por temor a generar desconfianza. Sugiera otros ejemplos de lagunas que se dejan en los contratos por razones estratégicas.

B. *Reglas obligatorias*

Además de las lagunas, en ocasiones los contratos imperfectos contienen

términos explícitos que los tribunales desestiman. El tribunal puede ignorar la renuncia de un consumidor a su derecho de demandar por los daños causados por un producto defectuoso o puede sustituir sus propios términos por los términos reales en un contrato hecho por un niño. A diferencia de los términos por omisión, estos términos son obligatorios. Las partes de un contrato no pueden renunciar, retirar o sustituir términos obligatorios de común acuerdo.

La ley regula los contratos mediante la imposición de términos obligatorios. La teoría económica de la regulación de contratos se parece a la teoría económica de la regulación de mercados. Los libros de texto sobre microeconomía suelen describir una economía perfectamente competitiva que no requiere regulación y, en consecuencia, describe imperfecciones que podrían requerir de la regulación, tales como el monopolio de una compañía eléctrica en el suministro de energía a los hogares de una ciudad. De igual modo, describimos un contrato perfecto que no requiere regulación, pero ahora describiremos contratos imperfectos que requieren normas obligatorias. Con frecuencia, las categorías de las fallas de mercado que se encuentran en la microeconomía se pueden utilizar para categorizar las doctrinas jurídicas que imponen normas obligatorias. En el siguiente capítulo se prepara una reseña breve de esas categorías para su discusión detallada.

Racionalidad individual

En nuestra revisión de la microeconomía, en el capítulo II, identificamos tres supuestos referentes a la elección racional de los individuos. Primero, quien toma decisiones racionales puede ordenar los resultados desde el menos preferido hasta el más preferido. A fin de ordenar los resultados, los que toman decisiones deben tener preferencias estables. Si las preferencias del promitente son demasiado inestables o desordenadas, será legalmente incompetente y no podrá celebrar un contrato legalmente exigible. Por ejemplo, los niños y los locos son legalmente incompetentes.

Segundo, las oportunidades de los que toman decisiones racionales son moderadamente restringidas, de modo que pueden lograr algunos de sus objetivos, pero no todos. Las restricciones excesivas destruyen la libertad de acción. Dos grandes doctrinas contractuales excusan el incumplimiento de las promesas sobre la base de que el promitente enfrentaba restricciones excesivas: la coacción y la necesidad. Si el beneficiario de la promesa la obtuvo con amenazas, se excusa el incumplimiento de la promesa en razón de la coacción. Por ejemplo, en la famosa película *El padrino*, acerca de un sindicato criminal, se hace una oferta para un contrato que "no se puede rechazar" porque la víctima firma el contrato con una pistola apuntando a su cabeza. Ningún tribunal haría cumplir tal contrato.

De igual modo, si se obtiene una promesa de un promitente desesperado, el

tribunal podría excusar el incumplimiento sobre la base de la necesidad. Por ejemplo, supongamos que un cirujano se queda sin gasolina en un solitario camino del desierto, donde podría perecer. Un automovilista que pasa por el lugar ofrece venderle cinco litros de gasolina por $50 000. Aunque el cirujano acepte la oferta, el tribunal no lo obligará a cumplir su promesa. El tribunal no hará cumplir la promesa porque se otorgó por necesidad.

Adviértase que la coacción y la necesidad se aplican cuando el promitente se encuentra en circunstancias terribles, pero la causa es diferente. Por lo general, la causa de la necesidad es el mal juicio del promitente, la mala suerte o la acción de un tercero. Por ejemplo, el cirujano puede haberse quedado sin gasolina en el desierto porque no revisó el medidor, porque un defecto oculto hizo que el medidor de la gasolina fallara o porque un enemigo perforó en secreto el tanque de la gasolina. En cambio, la causa de la coacción es por lo general el receptor de la promesa. Por ejemplo, el padrino ponía la pistola en la cabeza del promitente. Por lo tanto, la coacción puede considerarse como una necesidad causada por el receptor de la promesa.

En estos ejemplos, la restricción terrible precedió a la promesa. En ocasiones, una restricción terrible sigue a la promesa. Una restricción terrible que sigue a una promesa puede impedir que el promitente la cumpla. Por ejemplo, un cirujano puede prometer una operación y luego fracturarse una mano antes de la operación programada. Si una promesa se hace de buena fe y el destino interviene para imposibilitar el cumplimiento, el incumplimiento de la promesa podría excusarse con razón de la imposibilidad. Por ejemplo, un fabricante podría ser excusado de cumplir sus contratos porque su fábrica se incendió. En general, la doctrina de la imposibilidad se aplica a los sucesos improbables que impiden el cumplimiento. En el capítulo siguiente analizaremos la asignación óptima del riesgo de tales sucesos.

NOTA WEB VIII.2

Recientemente se han hecho muchas investigaciones sobre las desviaciones de la racionalidad individual. Véase en nuestro sitio web un comentario respecto a parte de esa literatura aplicada a la teoría de los contratos.

Derrames

A veces, los costos de transacción impiden que los individuos participen en las negociaciones que los afectan. Una empresa de energía eléctrica genera energía mediante un proceso sucio, como la quema de carbón, y el humo afecta a los vecinos. Los contratos entre los compradores de electricidad y la empresa de energía eléctrica afectan a sus vecinos. Aunque los contratos tienen a menudo efectos externos, el remedio legal rara vez involucra al derecho de los contratos. En la mayoría de los casos, el demandante en un juicio por incumplimiento de contrato debe ser la persona a quien se hizo la promesa (el receptor), o la persona

a quien se hayan transferido los derechos de la persona a quien se hizo la promesa (el cesionario). Las personas afectadas por un contrato del cual no forman parte — "terceros"— no pueden encontrar un remedio en el derecho de los contratos, sino en circunstancias especiales. En lugar de demandar un remedio de acuerdo con el derecho de los contratos, por lo general los terceros deben buscarlo según el derecho de los ilícitos culposos, el derecho de la propiedad, el derecho penal o las regulaciones. Si un contrato privado para la compra de bienes a una fábrica contaminadora causa más contaminación, las víctimas comunes de la contaminación deberán demandar bajo el derecho de las molestias o bajo una regulación ambiental, mas no bajo el derecho de los contratos.

El derecho de los contratos a veces protege a los terceros negando el cumplimiento forzoso de un contrato celebrado entre la primera y la segunda partes. Los tribunales podrían negar el cumplimiento forzoso de tal contrato cuando éste se desvía de la política pública. Un ejemplo es la promesa de la víctima de un delito de recompensar a un policía para que lo resuelva. El trabajo de un policía es atrapar a los criminales. Permitir que las víctimas paguen recompensas por este servicio podría distorsionar los esfuerzos de la policía. Las recompensas harían que la policía se enfocara en los delitos cuya solución recuperara valiosos activos por los que las víctimas pagarán para que les sean devueltos, como los automóviles robados. La policía podría descuidar los crímenes en los que la disuasión es urgente y la víctima no tiene que recuperar nada económico, como la violación.

Algunos tipos de contratos comerciales importantes no son exigibles por razones de política pública. Las compañías a menudo desean celebrar contratos para no competir entre sí. Los convenios para no competir permiten que los cárteles exploten a los compradores cobrando precios monopólicos. Los tribunales de Inglaterra y de los Estados Unidos se resistían en el siglo XIX a hacer cumplir los contratos celebrados para crear cárteles. Tales contratos derogaban la política pública que promovía la competencia. Los estatutos antimonopólicos subsecuentes declararon ilegales a los cárteles en los Estados Unidos y en las naciones de Europa Occidental. Por ejemplo, la ley de la Unión Europea (Tratado de la Unión Europea, sección 85, párrafo 2) evita los contratos para la creación de cárteles en Europa.

Éstos son ejemplos en los que la ley no hará cumplir un contrato cuyo cumplimiento sea ilegal o desvíe la política pública. Existen muchos ejemplos del caso contrario —donde la ley hará cumplir un contrato cuyo cumplimiento es ilegal o desvía la política pública—. Por lo tanto, un hombre casado puede ser responsable por hacer que una mujer confíe en su promesa de matrimonio, aunque la ley le prohíba casarse sin haber obtenido primero el divorcio. Del mismo modo, una empresa que no suministra un bien según lo prometido puede ser responsable a pesar de que la producción del bien sea imposible sin la

violación de una regulación ambiental.

El análisis económico sugiere en qué casos la ley debe hacer cumplir o no un contrato cuyo cumplimiento viola una ley o una política pública. La responsabilidad debería recaer en la parte que sabía o tenía razones para saber que el cumplimiento es ilegal o constituye una desviación de la política pública. La responsabilidad debería recaer en la parte informada porque sabía que no debía celebrar el contrato.

Información asimétrica

A veces, una o más de las partes de un contrato carecen de información esencial al respecto. Varias doctrinas del derecho de los contratos excusan el incumplimiento de la promesa alegando que la promesa derivó de una mala información. Si el beneficiario de la promesa la obtuvo por medio de mentiras, se excusará el incumplimiento de la promesa en razón del fraude. Por ejemplo, el vendedor del "método seguro para exterminar saltamontes" defraudó al agricultor. El fraude viola la obligación negativa de no informar mal a la otra parte de un contrato.

Además de esta obligación negativa, las partes tienen a veces la obligación afirmativa de revelar la información. En la mayoría de los contratos de venta, el vendedor debe prevenir al comprador acerca de los peligros ocultos asociados al uso del producto, aunque esta información pueda hacer que el comprador se abstenga de comprarlo. Por ejemplo, el fabricante de un medicamento debe prevenir al usuario respecto de los efectos colaterales. En estas circunstancias, el derecho común establece la obligación de revelar la información. En la tradición del derecho civil, su contrato podría ser inválido porque no proporcionó la información que debería. El derecho civil llama a esta doctrina *culpa in contrahendo*.

A veces los defectos ocultos reducen el valor de un bien sin volverlo peligroso o inadecuado para el uso. Aparentemente, el derecho común no establece ninguna obligación general de revelar tales defectos ocultos. El derecho común no requiere que el vendedor de un automóvil usado revele las fallas de un automóvil que se ofrece en venta (sólo establece la obligación de no mentir acerca de tales fallas). La ley es diferente para los bienes nuevos, tales como los automóviles nuevos.[9] La gente suele vender porque tiene diferentes expectativas acerca de si el precio de un bien se levantará de la caída, como en los mercados bursátiles. En tales circunstancias, al menos una de las partes está mal informada. Si los individuos celebran contratos sobre la base de la mala información que obtuvieron por sí mismos, no habrá ningún principio legal que los libere de sus obligaciones contractuales. Por ejemplo, un corredor de bolsa que prometa entregar 100 acciones de Exxon en seis meses, a un precio predeterminado, no puede librarse de su obligación sólo porque el precio de la acción subió cuando él

esperaba que bajara.

La mayoría de los ejemplos anteriores se refieren a contratos en los que una de las partes estaba mal informada mientras que la otra parte estaba bien informada. Otra posibilidad es que ambas partes celebren el contrato sobre la base de la misma información errada. Ésta es la base de una excusa legal para el incumplimiento de una promesa conocida como frustración del propósito. El derecho inglés provee algunos ejemplos famosos conocidos como los Casos de la Coronación. En los primeros años del siglo XX las habitaciones de los edificios situados a lo largo de ciertas calles de Londres se rentaban por adelantado para el día en que el desfile de coronación del nuevo rey pasara por allí. Sin embargo, el heredero del trono se enfermó y la coronación se pospuso. El hecho de que el desfile se hubiera pospuesto hizo que el contrato de arrendamiento no tuviera ningún valor para el arrendatario. Algunos dueños de las habitaciones rentadas trataron de cobrar la renta de todos modos. Los tribunales se negaron a hacer cumplir los contratos alegando que el cambio de las circunstancias frustraba el propósito de los contratos.

Otra posibilidad es que ambas partes celebren el contrato basado en diferentes informaciones erradas. Si las promesas se intercambian sobre la base de concepciones contradictorias, pero razonables, acerca de lo prometido, se dice que el contrato se basa en lo que se llama un error mutuo. En nuestro ejemplo 2, el vendedor creía genuinamente que estaba negociando la venta de su Chevrolet abandonado en el traspatio, mientras que el comprador creía genuinamente que estaba negociando la compra del inmaculado Cadillac que estaba en la cochera. Al igual que la frustración del propósito, el error mutuo justifica que el tribunal descarte el contrato. En nuestro ejemplo, el tribunal podría ordenar que el comprador devuelva las llaves del automóvil y el vendedor devuelva el dinero.

Monopolio

Los mercados competitivos contienen tantos compradores y vendedores que cada persona tiene muchas contrapartes alternativas. En cambio, el oligopolio limita las contrapartes disponibles a un pequeño número, y el monopolio limita las contrapartes disponibles a un solo vendedor. Cuando las contrapartes están limitadas, las negociaciones pueden ser muy unilaterales. Según la teoría de la negociación, los tribunales hacen cumplir las promesas negociadas y no se preguntan si los términos son justos. En consecuencia, a lo largo de la historia, el derecho común ha ofrecido una protección débil contra la explotación de los monopolios. La mayoría de las protecciones contra los monopolios las proporcionan los estatutos, y no el derecho común.

Sin embargo, en los últimos años ha surgido una nueva doctrina del derecho común que permite a los jueces examinar los términos sustantivos de los contratos. Cuando un contrato parece tan injusto que su cumplimiento forzoso

violaría la conciencia del juez, puede descartarse de acuerdo con la doctrina de la inconsciencia. Por ejemplo, supongamos que un consumidor firma un contrato por el que autoriza al vendedor para que recoja todos los muebles de su casa si deja de hacer un pago mensual de uno solo de los muebles. El tribunal podría decidir que el término de la requisa es "inconsciente" y negarse a aplicarlo. En el capítulo siguiente analizaremos esta doctrina elusiva. La tradición del derecho civil contiene un concepto —la "lesión"— similar al de la inconsciencia. La "lesión" se refiere a un contrato que es demasiado desigual para tener fuerza legal.

El cuadro VIII.1 asocia las principales doctrinas de la regulación de los contratos con la falla del mercado que tratan de corregir. Si hay costos de transacción bajos, los individuos racionales celebrarán contratos que se aproximan a la perfección. Un contrato perfecto no tiene lagunas que los tribunales puedan subsanar, ni fallas de mercado que las regulaciones puedan corregir. Si un contrato se aproxima a la perfección, el tribunal tan sólo deberá hacerlo cumplir. Pero a medida que los costos de transacción aumentan, los individuos dejan lagunas en los contratos. Los tribunales deberían subsanar las lagunas con términos de omisión eficientes. Los costos de transacción también pueden causar externalidades, mala información o monopolios. Las imperfecciones graves pueden hacer que los mercados fallen y crear la necesidad de regular los contratos. Entre más se alejen los hechos del ideal de la racionalidad perfecta y los costos de transacción nulos, mayor será la necesidad de que los jueces regulen los términos del contrato.

CUADRO VIII.1. *Racionalidad, costos de transacción y doctrinas reguladoras del derecho de los contratos*

Supuesto	*Si se viola, doctrina contractual*
Racionalidad individual	Incompetencia; incapacidad; coerción; coacción; necesidad; imposibilidad
Derrames	Invalidez legal de los contratos que derogan la política pública o la obligación estatutaria
Información	Fraude; retención de información; frustración del propósito; error mutuo
Monopolio	Necesidad; inconsciencia o lesión

5. RELACIONES CONTRACTUALES: LA ECONOMÍA DEL LARGO PLAZO

Si no se cumple con la promesa de ir a la cena familiar el domingo por la noche, una madre puede castigar de mil maneras. Lo mismo ocurre en las transacciones comerciales repetidas, en las que el remedio preferido para una promesa que no se cumple es alguna forma de represalia, pero no una demanda. Para asegurar la

cooperación en las relaciones a largo plazo, las partes se basan frecuentemente en instrumentos informales, en lugar de reglas exigibles. Un socio abusivo puede ser controlado mediante una advertencia, sin necesidad de un juicio legal. O un hombre de negocios que viole los límites éticos de su profesión puede ser castigado por la opinión pública y el ostracismo. Los problemas más comunes de la contratación son la falta de pago de las facturas, la entrega tardía, y los malos resultados. Para la falta de pago, una represalia común es la suspensión del suministro; para el retraso en la entrega, el retraso en el pago; y para los malos resultados, el pago parcial.

Estos instrumentos informales operan por lo general dentro de las relaciones permanentes. Los contratos crean a menudo relaciones, y crean además obligaciones legales que no forman parte del contrato. Por ejemplo, cuando un cliente abre una cuenta de cheques en un banco estadunidense, firma un contrato llamado "acuerdo de depósitos", el que crea una "relación fiduciaria". Esta relación impone al banco muchas obligaciones que no se establecen en el acuerdo de depósito. En otro ejemplo: un "franquiciatario" (inversionista local) puede firmar un contrato con el "franquiciador" (corporación matriz) para operar un restaurante local de comida rápida. La relación de franquicia crea muchas obligaciones legales que el contrato no menciona. Los economistas han estudiado la manera en que las relaciones permanentes afectan el comportamiento. Explicaremos algunas de sus conclusiones más importantes repitiendo el juego de la agencia.

A. *Juego repetido*

En el juego de la agencia, el principal (primer jugador) invierte colocando algunos fondos bajo el control del agente (segundo jugador). Los economistas llaman "principal" al primer jugador que arriesga sus fondos. A fin de describir la cooperación en una relación permanente, supongamos que el juego de la agencia del cuadro VIII.1 se repite indefinidamente, transformándose así de un "juego de una sola vez" en un "juego repetido". En cada ronda del juego repetido donde el principal invierte, el agente obtiene una ventaja inmediata a la apropiación. Una promesa exigible puede resolver este problema, como se muestra en la figura VIII.2. Pero supongamos que la promesa es inexigible por algún motivo: el incumplimiento es indemostrable, los juicios son demasiado caros o los tribunales son corruptos. Para solucionar el problema sin tener que recurrir a la ley, el principal puede reaccionar en las rondas subsecuentes del juego.

La figura VIII.4 ilustra una estrategia eficaz para que el principal disuada la apropiación reaccionando en su contra. Supongamos que el agente se apropia del juego en la ronda n. El agente recibe una ganancia de 1 en la ronda n. Sin embargo, el principal reacciona dejando de invertir en las rondas $n + 1$ y $n + 2$. El agente recibe una ganancia de cero en las rondas $n + 1$ y $n + 2$. Por lo tanto, la

estrategia de la apropiación le rinde al agente un pago total de 1 en las rondas n a n+ 2. Estos hechos se resumen en la primera hilera de la figura VIII.4.

FIGURA VIII.4. *Ganancias del segundo jugador (agente) cuando el primer jugador (principal) juega uno por otro*

Estrategia del segundo jugador	conducta	$n+1$	n	$n+1$	$n+2$	$n+3$	$n+4$	$n+5$	$n+6$
	apropiación	...	1	0	0	1	0	0	...
	cooperación	...	0.5	0.5	0.5	0.5	0.5	0.5	...

Alternativamente, supongamos que el agente podría seguir la estrategia de cooperar en cada ronda del juego. Cuando el agente coopera, el principal responde invirtiendo. Los pagos del agente en las rondas n, n + 1 y n + 2 son entonces iguales a 0.5, 0.5 y 0.5. La estrategia de la cooperación le rinde al agente un pago total de 1.5 en las rondas n a n + 2.[10] Estos hechos se resumen en la segunda hilera de la figura VIII.4.

La figura VIII.4 indica que la ganancia del agente en las rondas n a n + 2 es mayor con la cooperación que con la apropiación. Esto se aplicará a cualesquiera tres rondas del juego, siempre que el principal continúe utilizando la misma estrategia. Por ejemplo, la ganancia total del agente que se apropia en las rondas n + 3 a n + 5 es igual a 1, mientras que la ganancia total derivada de la cooperación es igual a 1.5. El agente se beneficia a largo plazo de la cooperación en lugar de la apropiación. La estrategia de reacción del principal puede enseñar esta lección al agente. Si el agente sigue la estrategia de la apropiación en la ronda n,probablemente aprenderá una lección recibiendo una ganancia de cero en las rondas n + 1 y n + 2. Tras aprender la lección, es probable que el agente cambie a la estrategia de la cooperación en la ronda n + 3.

Hemos descrito una estrategia donde el principal recompensa la cooperación del agente invirtiendo, y castiga la apropiación del agente dejando de invertir. La recompensa de la cooperación y el castigo de la apropiación ha sido llamada "uno por otro".[11] Cuando el principal sigue la estrategia de uno por otro, el agente maximiza su ganancia mediante la cooperación. ¿Qué diremos del principal? ¿Maximizará su ganancia jugando al uno por otro? Ciertos experimentos indican que el uno por otro se aproxima mucho a la maximización de la ganancia del principal en diversas circunstancias, y estos hallazgos empíricos se ven generalmente apoyados por la teoría.[12] Así pues, la estrategia de uno por otro es un equilibrio eficiente para un juego de agencia repetido.[13]

Las relaciones a largo plazo requieren del compromiso, el cual puede facilitar la cooperación económica sin necesidad de la protección estatal. Las formas tradicionales del compromiso incluyen la amistad, el parentesco, la etnicidad y la religión. En consecuencia, las formas tradicionales del compromiso dominan a menudo la vida económica en las comunidades donde la protección estatal es débil. Entre las comunidades mercantiles con protección estatal débil se encuentran las de los comerciantes internacionales, las de los empresarios de países dotados de gobiernos débiles o corruptos y aquellas donde algunas tribus

depredadoras permanecen insubordinadas a los Estados. Nuestro modelo predice correctamente que en tales circunstancias deberían florecer las formas tradicionales del compromiso y que éstas declinarán si el Estado llega a aplicar allí la ley con eficacia.

De igual modo, las formas tradicionales del compromiso dominan a menudo la vida económica en las comunidades que enfrentan la hostilidad estatal. Entre las empresas que enfrentan la hostilidad estatal se encuentran el crimen organizado y algunas empresas privadas en los Estados socialistas. Nuestro modelo pronostica correctamente que en estas circunstancias deberían florecer las formas tradicionales del compromiso.

Las relaciones de largo plazo pueden surgir de compromisos con las instituciones. Por ejemplo, los empleados japoneses muestran un alto nivel de compromiso con la corporación, como lo revelan las tasas bajas de movilidad laboral. Nuestra teoría pronostica correctamente que las relaciones de largo plazo harán que las corporaciones japonesas recurran menos a los contratos legalmente exigibles que las corporaciones estadunidenses o europeas. Las relaciones de largo plazo en la economía japonesa crean más orden y menos derecho que en otros países.

B. *El problema del juego final*

Incluso las relaciones de largo plazo terminan algún día. Cuando se aproximan a su fin, las relaciones comerciales con frecuencia enfrentan problemas. Para entender por qué, volvamos a nuestro ejemplo del uno por otro descrito en la figura VIII.4. Recuérdese que, cuando el agente se apropia, el principal reacciona dejando de invertir durante varias rondas. Pero el principal no tiene poder para reaccionar en la última ronda del juego. Por lo tanto, la ronda final del juego de la agencia tiene la misma lógica que el juego de la agencia de una sola vez.

Supongamos que el juego repetido del cuadro VIII.4 tiene final y ambas partes lo saben. Para concretar, supongamos que las partes saben que el juego terminará tras la ronda $n + 3$; el agente no teme ninguna reacción ante su apropiación en esta ronda porque sabe que no habrá más rondas. En la ronda $n + 3$ el agente recibirá una ganancia de 1 si se apropia y una de 0.5 si coopera. En consecuencia, el agente maximiza su ganancia en la ronda $n + 3$ mediante la apropiación. Sabiéndolo, el principal se negará a invertir en la ronda $n + 3$. Por lo tanto, los jugadores no pueden cooperar en la última ronda sin la existencia de contratos exigibles.

Peor aún, los jugadores podrían abstenerse de cooperar en todas las rondas del juego. Para entender por qué, consideremos la lógica estricta de la situación. El principal sigue la lógica del uno por otro, que recompensa la cooperación mediante una inversión subsecuente y castiga la apropiación dejando de invertir en las rondas subsecuentes. Sin embargo, el principal no invertirá en la última

ronda, que es la ronda $n + 3$. En consecuencia, el principal no puede usar la ronda $n + 3$ para recompensar la cooperación o castigar la apropiación del agente en la ronda $n + 2$. Conociendo este hecho, el agente puede apropiarse en la ronda $n + 2$ sin temor a la reacción en la ronda $n + 3$. Sabiendo esto, el principal se negará a invertir en la ronda $n + 2$. La misma lógica se aplica ahora a la ronda $n + 1$, y así sucesivamente hasta llegar a la primera ronda. En general, la demostración de que los jugadores no pueden cooperar en ninguna ronda conduce a la conclusión de que no pueden cooperar en la ronda precedente. Si las partes estrictamente racionales saben en cuál ronda termina el juego de agencia repetido, entonces todo el juego se desbaratará y los jugadores no cooperarán en ninguna ronda. La frase de "el problema del juego final" describe cómo se destruye la cooperación a medida que un juego repetido se aproxima a su ronda final. Europa Oriental ofrece un ejemplo dramático del problema del juego final después de 1989, cuando el comunismo se derrumbó y la planificación central llegó a su fin, como se explica en el cuadro adjunto.

Las personas que tienen relaciones a largo plazo elaboran normas sociales para coordinar su comportamiento sin necesidad de la negociación, que los empresarios llaman "costumbres del comercio". Lisa Bernstein descubrió un hecho peculiar: las costumbres del comercio a menudo contradicen las disposiciones explícitas de los contratos escritos.[14] En el intercambio de textiles de Memphis, el vendedor pesa el algodón para asegurarse de que envía la cantidad especificada en el contrato. El contrato especifica que el comprador también debe pesar el algodón al aceptar la entrega por parte del vendedor, de forma que después el comprador no tendrá motivo de queja. Sin embargo, la costumbre es que el comprador acepte el peso según lo indicado por el vendedor, ahorrándose así la molestia de pesar el algodón por segunda vez.

El problema del juego final de Europa Oriental en 1989

La desintegración de los gobiernos comunistas de Europa Oriental se aceleró extraordinariamente en 1989. La planeación central fracasó sin remedio y los mercados remplazaron rápidamente a la planeación central como el principio económico organizador. Por desgracia, la producción cayó por toda Europa Oriental en ese momento. ¿Por qué el cambio en los mercados produjo de inmediato la caída económica y no el crecimiento económico?

El "problema del juego final" provee la respuesta. Bajo el comunismo, gran parte de la producción se realizaba mediante relaciones de largo plazo. Por ejemplo, el conductor de un camión transportaría mercancías "gratis" o como un "favor" para su amigo que trabajaba en una gasolinera, y éste le proporcionaría gasolina al conductor cuando se agotara el abasto. La caída

del comunismo perturbó masivamente la vida política, lo que hizo que la gente dudara de la persistencia de sus relaciones económicas de largo plazo. Estando a la vista el final de las relaciones, la cooperación fracasó. Por ejemplo, el conductor del camión perdió la confianza en que el trabajador de la gasolinera pudiera continuar proporcionándole gasolina (el trabajador de la gasolinera podría perder su empleo), de modo que el conductor del camión dejó de transportar gratis las mercancías del trabajador de la gasolinera.

La ausencia de cooperación hizo que la producción bajara por toda Europa Oriental después de 1989. Esta situación podría corregirse mediante una protección legal eficaz para la propiedad y los contratos. Algunos estados de Europa Oriental ya han hecho la corrección. Sin embargo, en otros estados los empresarios todavía obtienen beneficios mayores del robo de la propiedad (especialmente la propiedad estatal) que de la producción de bienes.

Esta contradicción entre el contrato escrito y la costumbre es fácil de entender. La costumbre surge de los compradores y los vendedores con las relaciones a largo plazo en las que hay confianza mutua. Mientras la relación se mantenga, las partes tendrán poca necesidad de un contrato. Sin embargo, el contrato se escribe debido al deterioro de las relaciones. Las partes recurren al contrato por escrito cuando no pueden confiar en su relación. Tenemos una costumbre de largo plazo en el comercio y el contrato del juego final.

Este hecho complica el uso de las costumbres del comercio para interpretar los contratos. Supongamos que el vendedor pretende entregar una tonelada de algodón al comprador. El comprador acepta la entrega sin pesar el algodón. Más tarde, el comprador descubre que el algodón pesa menos de una tonelada. El comprador deja de hacer tratos con el vendedor y demanda al vendedor por "peso menor". El vendedor se defiende en el tribunal diciendo que el contrato obliga al comprador a pesar el algodón en la entrega, lo que no hizo el comprador. Al no haber reclamado cuando se entregó el algodón, por contrato el comprador pierde la posibilidad de reclamar después. El vendedor responde que, contrario a lo que dice el contrato, la costumbre en el comercio es que el comprador no pese el algodón cuando se le entrega. ¿Debe el tribunal seguir los términos explícitos del contrato y fallar a favor del vendedor, o debe anular el contrato y fallar a favor del comprador? Presuntamente, el tribunal debería reconocer que las partes escribieron el contrato en caso de la disolución de la relación, que es lo que ha ocurrido, de modo que el tribunal debe hacer cumplir el contrato escrito.

Hasta aquí hemos analizado el compromiso en las relaciones permanentes. Sin embargo, la mayoría de las relaciones de negocios son provisionales: Pueden persistir indefinidamente o terminar inesperadamente. Las relaciones abiertas se

disuelven y se reforman con facilidad a medida que cambian las circunstancias. Con la presencia de relaciones provisionales en el juego de agencia, los jugadores a menudo siguen la estrategia de uno por otro: el principal responde en contra de la apropiación del agente disolviendo la relación. Esta estrategia de los principales presenta agentes que tienen que elegir entre dos alternativas. La primera estrategia consiste en que el agente coopere, en cuyo caso la relación continúa, y el agente recibe una ganancia de 0.5 en cada ronda. La segunda estrategia es la apropiación, la que provoca que el primer jugador disuelva la relación. Siguiendo la segunda estrategia, el agente recibe una ganancia de 1.0 en las escasas rondas en las que encuentre una contraparte, y una ganancia de 0 en las otras rondas en que fracase la búsqueda de una contraparte. En suma, el agente elige entre cooperar y recibir una ganancia moderada en la mayoría de las rondas del juego, o apropiarse y recibir una ganancia mayor en pocas rondas del juego.

Adviértase que estas dos estrategias del juego de la agencia corresponden a hechos familiares de los negocios. Algunas empresas tratan de obtener ganancias moderadas en muchas transacciones. Estas empresas se concentran en las relaciones de largo plazo con clientes repetidos. Otras empresas tratan de obtener grandes ganancias en pocas transacciones. Estas empresas se concentran en atraer clientes nuevos para ventas de una sola vez. En un equilibrio competitivo, ambas estrategias deben rendir la misma ganancia. En otras palabras, la estrategia de la cooperación en las relaciones de largo plazo debe generar la misma ganancia que la estrategia de la apropiación de las relaciones de una sola vez.

Esta explicación corresponde a la dinámica de los mercados reales. Por ejemplo, consideremos el mercado de los abogados litigantes. La mayoría de los abogados litigantes evalúa en forma realista las probabilidades de ganar de sus clientes y utilizan esta evaluación como base para un arreglo extrajudicial. Estos abogados corresponden a los cooperadores en el juego de la agencia, quienes atraen a clientes repetidos y mantienen relaciones de largo plazo con ellos. Sin embargo, algunos abogados proveen evaluaciones demasiado optimistas de las probabilidades de sus clientes de ganar en el juicio y las utilizan para iniciar un litigio costoso. Estos abogados corresponden a los apropiadores en el juego de la agencia, quienes atraen relativamente pocos clientes repetidos y mantienen relaciones de corto plazo con la mayoría de ellos. La proporción de abogados de cada tipo se ajusta en respuesta a la rentabilidad de las dos estrategias. Si la barra de abogados encuentra procedimientos para reducir la rentabilidad para los abogados de los juicios en relación con los arreglos, más abogados tratarán de arreglar los casos y menos abogados promoverán juicios.

Cómo intercambiar rehenes

Los reyes medievales solían garantizar la paz entre ellos mediante el intercambio de rehenes. Plantéese el siguiente interrogante: supongamos que un rey desea intercambiar rehenes con otro monarca para garantizar la paz. Supongamos que el rey quiere a los diamantes tanto como quiere a sus hijos. Es decir, este rey valúa un anillo de diamantes tanto —ni más ni menos— como valúa a su propio hijo. ¿Cuál sería un rehén más adecuado: el anillo de diamantes del rey o su hijo?

El mejor rehén es aquel que disuade de iniciar una guerra a quien pierde un rehén y a quien lo gana. Por hipótesis, el rey valúa el anillo de diamantes y a su hijo en la misma medida; el temor de perder el anillo iniciando una guerra se iguala al temor de perder a su hijo. Los dos disuaden igualmente el inicio de una guerra por parte de quien pierde un rehén. Sin embargo, no disuaden de igual modo el inicio de una guerra por parte de quien gana al rehén. Presumiblemente, quien gana un rehén desea tener el anillo de diamantes, pero presumiblemente otorga escaso valor intrínseco al hecho de tener al hijo del rey vecino. Por lo tanto, quien gana un rehén se inclinará más a iniciar una guerra y conservar al rehén si tiene el anillo de diamantes en lugar de tener al hijo del rey. Es por ello que el hijo del rey es un rehén más adecuado que el anillo de diamantes.

En general, un rehén adecuado es algo que el perdedor del rehén valúa grandemente y el ganador del rehén valúa poco. La valuación asimétrica genera un buen rehén. (Véase Oliver Williamson, "Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange", American Economic Review,vol. 83, 1983, p. 519.)

PREGUNTA VIII.13

¿Qué tipo de cosas pueden entregar las corporaciones como rehenes en las relaciones contractuales de largo plazo? ¿En las relaciones de largo plazo la entrega de rehenes desempeña la misma función que la consideración en un contrato de corto plazo?

"Por favor, me toca a mí"

Supongamos que dos empresas de informática están considerando la fusión. Para hablar sobre la posible fusión, los directores ejecutivos deciden cenar juntos dos veces por semana durante dos meses. Cada uno puede pagar su propia comida, o pueden turnarse el pago de la cuenta total. Si cada uno paga su propia comida, ninguno de ellos tiene un incentivo para comer en exceso. En cambio, si se turnan para pagar la cuenta, entonces cada uno de ellos tiene un incentivo para pedir artículos muy caros cuando el otro pague. Al parecer, que "cada uno pague su propia comida" es la mejor

práctica.

Sin embargo, en una consideración más detenida esto es un error. El riesgo de comer en exceso es trivial en comparación con el riesgo de una mala fusión. La fusión requerirá la confianza entre ellos. Podrían tratar de establecer la confianza en el asunto menor del almuerzo antes de pasar a la gran cuestión de la fusión. "Turnarse el pago de la cuenta total" es una mejor práctica para construir la confianza. Si usted descubre que alguien pide de más cada vez que paga el almuerzo, ¿realmente quiere fusionar su empresa con la suya?

Las empresas deben esperar lo inesperado. Ajustarse a los cambios imprevistos requiere relaciones de negocios flexibles, no reglas rígidas. Las reglas formales no controlan el comportamiento empresarial de manera muy estricta. En una relación de negocios, como en un matrimonio, hacer cumplir los derechos de las partes es diferente a reparar su relación. Cuando las empresas con relaciones duraderas llegan a los tribunales, en ocasiones los jueces adoptan un estilo diferente de adjudicación, digamos, solicitando a las partes que intenten la mediación antes de proceder al juicio.

NOTA WEB VIII.3

Véase en nuestro sitio web más información acerca de los contratos relacionales.

CONCLUSIÓN

Resumamos nuestras conclusiones teóricas. La figura VIII.1 describe un problema de cooperación: el principal no invertirá a menos que el agente tenga un incentivo para cooperar. La figura VIII.2 representa una solución legal al problema. La solución legal es hacer que el contrato sea exigible. Al hacer cumplir las promesas, el derecho de los contratos permite que los individuos asuman compromisos creíbles de cooperar entre sí. Ellos maximizan la ganancia de la cooperación cuando la ley crea incentivos eficaces para el cumplimiento y la confianza. La ley también puede reducir el costo de la negociación de los contratos proveyendo términos por omisión eficientes, y corregir algunas fallas de mercado mediante la provisión de términos obligatorios.

La solución legal a la cooperación presupone un estado efectivo para exigir los contratos. La maquinaria del estado de derecho es costosa en las mejores circunstancias e incompetente en las peores circunstancias. El cuadro VIII.4 presenta la solución no legal al problema de la cooperación: formar una relación duradera que permita que el principal reaccione cuando el agente se apropie. Las relaciones de largo plazo son exitosas en las transacciones repetidas de poco valor y fracasan en las transacciones de gran valor de una sola vez.

Bernstein, Lisa, "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry", Journal of Legal Studies,vol. 21, 1992, p. 115.

Eisenberg, Melvin Aron, "The Limits of Cognition and the Limits of Contract", Stanford Law Review,vol. 47, 1995, p. 211.

_____, "The Bargain Principle and Its Limits", Harvard Law Review,vol. 95, 1982, p. 741.

Hermalin, Benjamin E., Avery W. Katz y Richard Craswell, "The Land and Economics of Contracts", en A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell (comps.), Handbook of Law and Economics, North-Holland, Ámsterdam, vol. I, 2007.

Posner, Eric A., "Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?", Yale Law Journal,vol. 112, 2003, p. 829. Véanse también las respuestas al artículo de Posner: Ian Ayres, "Valuing Modern Contract Scholarship", Yale Law Journal,vol. 112, 2003, p. 881, y Richard Craswell, "In That Case What Is the Question? Economics and the Demands of Contract Theory", Yale Law Journal,vol. 112, 2003, p. 903.

Trebilcock, Michael J., The Limits of Freedom of Contract, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

IX. TEMAS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

EN EL capítulo precedente explicamos que una teoría de los contratos debe responder a dos interrogantes: "¿Qué promesas deben hacerse cumplir legalmente?" y "¿cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?" Presentamos ahí un resumen de la teoría económica, desarrollado para responder estos interrogantes. La cooperación es productiva, crea un valor y generalmente beneficia a ambas partes. El cumplimiento forzoso de las promesas permite que los individuos vuelvan creíbles sus compromisos. Los tribunales deben a su vez hacer cumplir las promesas cuando las partes desean el cumplimiento forzoso a fin de volver creíble un compromiso de cooperación. El cumplimiento forzoso induce idealmente al desempeño óptimo y la confianza con costos de transacción bajos. El desempeño y la confianza óptimos maximizan el valor esperado de la cooperación para ambas partes.

Esta teoría económica nos permitió elaborar un marco para analizar los contratos en el capítulo anterior. En este capítulo añadiremos textura y detalle al marco económico. En la primera parte nos concentraremos en remedios para el incumplimiento del contrato. El mejor remedio para el incumplimiento asegura un compromiso óptimo con el contrato, lo que causa la formación, el desempeño y la confianza eficientes.

En un contrato se deben interpretar los términos explícitos, subsanar las lagunas y regular los términos ineficientes o injustos. En el capítulo precedente elaboramos una teoría general para interpretar, subsanar las lagunas y regular los contratos de manera óptima. De acuerdo con esta teoría, las doctrinas legales deberán perfeccionar los contratos minimizando los costos de transacción y corrigiendo las fallas del mercado. En la segunda parte de este capítulo analizaremos con detalle las doctrinas legales relevantes.

1. REMEDIOS COMO INCENTIVOS

Cuando una de las partes de un contrato no cumple lo prometido, la víctima puede pedir un remedio al tribunal. Los remedios son de tres tipos generales: remedios estipulados por las partes, remedios impuestos por los tribunales y cumplimiento específico. Primero, el contrato puede estipular un remedio. El contrato estipula un remedio cuando contiene términos explícitos que prescriben lo que se debe hacer si una de las partes incumple. Por ejemplo, un contrato de construcción puede estipular que el constructor pagará $200 por día por la terminación tardía de un edificio. En lugar de estipular un remedio específico, el contrato puede estipular un proceso correctivo. Por ejemplo, el contrato puede

especificar que las disputas que surjan entre las partes serán arbitradas por la Cámara Internacional de Comercio, que tiene sus propias reglas acerca de los remedios.

El Uniform Commercial Code, los Restatements of Contracts y el Statute of Frauds

En los países de derecho civil, como los de Europa continental, ciertos comités de juristas han formulado el derecho de los contratos en códigos promulgados por las legislaturas. En los países de derecho común, entre los que se cuentan los Estados Unidos, los jueces han formulado el derecho de los contratos al decidir los casos que se les presentan. Sin embargo, este contraste puede exagerarse. Los estadunidenses han codificado efectivamente gran parte del derecho común de los contratos en tres documentos importantes: el Uniform Commercial Code, los Restatements of Contracts del Instituto Americano de Derecho (IAD), y los estatutos revisores del antiguo Statute of Frauds de Inglaterra.

En la década de 1890 se fundó la Conferencia Nacional de Comisionados de Leyes Estatales Uniformes para unificar el derecho común en los estados de la Unión. La Conferencia y el Instituto Americano de Derecho (que se describe más adelante) adoptaron el Uniform Commercial Code en 1952, y lo revisaron extensamente en 1956, y desde entonces han revisado periódicamente algunas de sus partes. Cuarenta y nueve estados (todos; menos Luisiana, que tiene una tradición de derecho civil) han adoptado el Uniform Commercial Code. Este código está integrado por nueve artículos que cubren todos los aspectos de las transacciones comerciales. Por ejemplo, el artículo 1 contiene las disposiciones generales del código; el artículo 2 cubre la venta de bienes (sin incluir los servicios), y el artículo 9 cubre las transacciones aseguradas.

Los Restatements de la ley son un proyecto del Instituto Americano de Derecho, un grupo privado de jueces, abogados y profesores de derecho fundado en 1923 con el propósito de "establecer en forma clara y precisa, a la luz de las decisiones, los principios y las reglas del derecho común". El primer proyecto del Instituto fue el Restatements of Contracts, publicado en 1932 y revisado en 1979. El IAD ha tratado también de revisar el derecho común de la propiedad, los contratos, los ilícitos culposos y otros temas.

El Statute of Frauds ("Una ley para la prevención de los fraudes y los perjurios") fue aprobado por el Parlamento inglés en 1677. La ley trataba de impedir el fraude en la prueba de contratos, escrituras de inmuebles, fideicomisos y testamentos. A fin de garantizar un registro confiable, el estatuto requería la celebración por escrito de ciertas transacciones

contractuales, posiblemente complementadas con testigos. El requisito de un registro escrito para los contratos cuyo valor exceda de cierto mínimo se ha convertido en el aspecto más importante de las revisiones modernas del estatuto, adoptado por todos los estados de la Unión.

En virtud de que la negociación y la redacción son costosas, un contrato eficiente no cubrirá explícitamente todas las contingencias. En efecto, la mayoría de los contratos no especifica remedios para el incumplimiento. Cuando el contrato omite un remedio, el tribunal deberá proveerlo. En segundo lugar, el tribunal puede ordenar que la parte que incumple pague daños monetarios a la víctima. Y en tercer lugar, que la parte que incumple cumpla su promesa.

El pago de daños y el desempeño específico son los dos tipos generales de remedios que han diseñado los tribunales para el incumplimiento de los contratos. varios sistemas legales de diferentes países divergen acerca del remedio preferido. En los países del derecho común y en Francia, los tribunales prefieren el pago de daños como remedio, mientras que los tribunales de Alemania y la mayoría de los demás países europeos prefieren el desempeño específico. Sin embargo, la diferencia entre las diversas tradiciones legales es mayor en la teoría que en la práctica. En la práctica, cada sistema legal prescribe el pago de daños como el remedio en algunas circunstancias, y el desempeño específico en otras. Además, en gran medida las prescripciones se traslapan en muchos sistemas legales diferentes. Presumiblemente porque diferentes sistemas de derecho responden a la misma lógica económica. La tradición del derecho común y la tradición del derecho civil tienden a especificar el remedio eficiente para el incumplimiento del contrato.

A. *Remedios alternativos*

Distintos remedios crean incentivos diferentes para las partes de un contrato. Elaboraremos algunos modelos para comparar los efectos de incentivo de diferentes remedios sobre la inversión en el cumplimiento y en la confianza. Sin embargo, antes de pasar a los efectos de los incentivos debemos utilizar la economía para diferenciar las diversas formas de remedios adoptadas por los tribunales.

1. *Daños de expectativa*

El pago de los daños causados por incumplimiento del contrato compensa al receptor de la promesa por el perjuicio causado por el incumplimiento del promitente. En un contexto contractual, el término “perjuicio” tiene varios significados diferentes. Primero, el receptor de la promesa se encuentra en peor situación que si el contrato se hubiese cumplido. El cumplimiento proporciona

una base para el cálculo del perjuicio. Utilizando esta base, los tribunales otorgan el pago de daños que coloque a la víctima del incumplimiento en la posición en que se habría encontrado si la otra parte hubiese cumplido.

El receptor de la promesa espera obtener una ganancia a resultas del cumplimiento. En consecuencia, la tradición del derecho común se refiere al pago de daños basado en el valor del desempeño esperado como "daños de expectativa".[1] La tradición del derecho civil se refiere a estos daños como "daños positivos" *(lucrum cessans)* porque el pago de los daños remplaza el ingreso que se habría obtenido en el futuro. Si el pago de los daños de expectativa o los daños positivos alcanzan su propósito, la víctima potencial del incumplimiento estará en la misma situación de bienestar si hay cumplimiento, por una parte, o si hay incumplimiento y pago de daños por la otra. Decimos que el pago perfecto de los daños de expectativa hace que las víctimas potenciales sean indiferentes entre el cumplimiento y el incumplimiento. ilustraremos el pago de daños de expectativa con tres ejemplos:

EJEMPLO 1

El incumplimiento por parte del vendedor. La agencia de boletos O ofrece boletos para la ópera al precio de p_O. La agencia de boletos K ofrece boletos equivalentes para la ópera al precio menor de p_K. Un consumidor ordena x_K boletos a K, al precio de contrato p_K. y promete pagar cuando recoja los boletos el día de la función. Cuando está cercano el día de la función, K anuncia que no cumplirá y no entregará los boletos al consumidor. Mientras tanto, el espectáculo ha triunfado y el precio de los boletos ha aumentado, de modo que el consumidor paga el precio mayor p_S por boletos sustitutos comprados a una tercera agencia.

El remplazo del desempeño prometido con un sustituto perfecto coloca al consumidor en la misma posición que habría tenido si el promitente hubiese cumplido. En este ejemplo, el "desempeño sustituto" consiste en la compra de boletos al precio p_s. Por lo tanto, el pago perfecto de los daños de expectativa es igual a $x_K\ (p_s - p_K)$.[2] Enunciaremos esta fórmula en el lenguaje del derecho de los contratos. El contrato se celebró para la entrega futura de un bien ("mercado de futuros"). Después del incumplimiento, el consumidor compró bienes sustitutos para entrega inmediata ("mercado de presentes"). El precio había aumentado, de modo que el precio presente supera al precio del contrato. A fin de colocar al consumidor en la misma posición que tendría si el vendedor hubiese entregado los bienes, el vendedor deberá pagar una compensación igual a la diferencia existente entre el precio de contrato *p*s y el precio presente p_K.

Pasemos ahora del incumplimiento del vendedor al incumplimiento del comprador.

EJEMPLO 2

Incumplimiento por parte del comprador. La agencia de boletos K ofrece boletos para la ópera al

precio de p_K. El consumidor ordena x_K boletos y promete pagarlos cuando recoja los boletos el día de la función. Confiando en la promesa del consumidor, K compra x_K boletos al precio de mayoreo de p_W. Si el consumidor no hubiese ordenado los boletos, podría haber contratado para venderlos a una agencia llamada O al precio menor p_O. Cuando está cercano el día de la función, el consumidor anuncia que no recogerá ni pagará los boletos. Mientras tanto, el espectáculo ha fracasado y el precio de los boletos ha bajado, de modo que revende los boletos al precio menor p_S a otro consumidor.

Para colocar a K en la misma posición que tendría si el consumidor hubiese cumplido en el ejemplo 2, el pago de daños debe ser igual a $x_K(p_K - p_s)$. En otras palabras, el pago perfecto de los daños de expectativa para el incumplimiento del comprador es igual a la diferencia existente entre el precio de contrato, p_K, y el precio de presente, p_s.

En los ejemplos 1 y 2 muchos asientos de la ópera son sustitutos cercanos entre si. Nuestro tercer ejemplo implica el incumplimiento con un sustituto imperfecto.

EJEMPLO 3

Incumplimiento por parte del comprador con un bien único. El vendedor construye botes bajo pedido y el comprador vende botes al menudeo a los consumidores. El vendedor ofrece construir para el comprador un bote bajo pedido con uno de los siguientes tres sistemas de brújula para navegación que se llaman K, O, y A. El comprador calcula correctamente que el valor de mercado al que podrá vender el bote, dependiendo de cuál brújula instale, será v_K, v_O y v_A, respectivamente. Estos valores no incluyen el costo neto de la brújula. Dado que $v_K > v_O > v_A$, el comprador maximiza sus ganancias ordenando el bote construido con la brújula v_K. Sin embargo, el vendedor entrega efectivamente un bote con una brújula A. Cambiar la brújula después de instalada es prohibitivamente caro, de modo que el comprador vende posteriormente el bote por v_A.

CUADRO IX.1.

	Ejemplo 1: Incumplimiento por parte del vendedor con sustituto	*Ejemplo 2: Incumplimiento por parte del comprador*	*Ejemplo 3: Incumplimiento por parte del vendedor sin sustituto*
Daños de expectativa	$x_K(p_s - p_K)$	$x_K(p_K - p_s)$	$v_K - v_A$
Daños de confianza	0	$x_K(p_W - p_s)$	0
Costo de oportunidad	$x_K(p_s - p_O)$	$x_K(p_O - p_s)$	$v_0 - v_A$

Para colocar al comprador en la misma posición que tendría si el vendedor

hubiese cumplido en el ejemplo 2, el pago de daños debe ser igual a $v_K - v_A$.[3] En otras palabras, el pago perfecto de los daños de expectativa para el incumplimiento del vendedor es igual a la diferencia existente entre el valor de un contrato cumplido y el valor efectivo de lo que se entregó.

El cuadro IX.1 resume estos hechos acerca del pago de daños de expectativa en nuestros tres ejemplos. A continuación explicaremos lo referente a "daños de confianza" y "costos de oportunidad".

2. *Pago de los daños de confianza*

Consideremos ahora el segundo significado de "perjuicio" en un contexto contractual. El receptor de la promesa puede invertir en confianza sobre la promesa. Por lo general, el incumplimiento disminuye o destruye el valor de la inversión en confianza. Por lo tanto, la confianza aumenta la pérdida resultante del incumplimiento. En consecuencia, el incumplimiento coloca a los receptores de promesas que confían en una situación peor que si no hubieran celebrado los contratos. "La ausencia de contrato" provee una base para el cálculo del perjuicio. Utilizando esta base, los tribunales pueden otorgar el pago de daños que coloque a las víctimas del incumplimiento en una posición en la que habrían estado si nunca hubiesen contratado con otro.

Los daños calculados en relación con esta base se llaman "daños de confianza" en la tradición del derecho común. La tradición del derecho civil se refiere a estos daños como "daños negativos", porque su pago sustituye al ingreso efectivamente perdido. Si el pago de daños de confianza o daños negativos alcanza su propósito, la víctima potencial del incumplimiento estará en la misma situación si no celebra ningún contrato, por una parte, o si hay un incumplimiento de contrato y el pago de daños, por la otra. Decimos que el pago perfecto de los daños de confianza hace que las víctimas potencíales sean indiferentes entre la ausencia de contrato y el incumplimiento.[4]

Para ilustrar con el ejemplo 1, después de que K incumplió, el consumidor no tenía boletos para la ópera y enfrentaba un precio de presente de p_S para comprarlos. Ésta es la misma posición en la que habría estado el consumidor si no hubiera contratado a nadie para comprar boletos para la ópera. En consecuencia, el consumidor no cambió su posición confiando en el contrato, y los daños de confianza son iguales a cero en el ejemplo 1. (¿Puede usted pensar en una inversión de confianza que el consumidor pudiera haber hecho razonablemente?)

Para ilustrar con el ejemplo 2, confiando en la promesa del consumidor, K compró x_K boletos para la ópera al precio de mayoreo, p_W. Después de que el consumidor incumplió, K vendió los boletos al precio de presente, p_s. Suponiendo que el precio de mayoreo supere al precio de presente, la confianza

en el contrato hizo que K perdiera $x_K(p_W - p_s)$,[5] que es igual al pago perfecto de los daños de confianza.

Pasando al ejemplo 3, el comprador no cambió su posición confiando en que el vendedor entregaría el bote con la brújula K y no con otra clase de brújula. Dado que el contrato no hizo que el comprador cambiara de posición, los daños de confianza son iguales a cero. La hilera denominada "Daños de confianza" en el cuadro IX.1 resume estos hechos.

3. *Costo de oportunidad*

Consideremos ahora el tercer significado de "perjuicio" en un contexto contractual. La celebración de un contrato implica a menudo la pérdida de una oportunidad para celebrar un contrato alternativo. La oportunidad perdida provee una base para el cálculo del perjuicio. Utilizando esta base, los tribunales otorgan el pago de daños que coloque a las víctimas del incumplimiento en la posición que tendrían si hubiesen firmado el contrato que constituía la mejor alternativa del contrato incumplido. En otras palabras, el pago de los daños remplaza al valor de la oportunidad perdida.

Los daños calculados sobre esta base reciben el nombre de daños de "costo de oportunidad". Si el pago de los daños del costo de oportunidad logra su propósito, la víctima potencial del incumplimiento se encontrará en la misma situación si hay incumplimiento de contrato, por una parte, o el contrato de la mejor alternativa, por la otra. Decimos que el pago perfecto de los daños del costo de oportunidad hace a las víctimas potenciales indiferentes entre el incumplimiento y el cumplimiento del mejor contrato alternativo.

Ya antes analizamos el hecho de que el receptor de la promesa puede invertir en la confianza sobre un contrato. De igual modo, podría sacrificar una oportunidad por confiar en una promesa. En consecuencia, la tradición del derecho común considera que los daños del costo de oportunidad constituyen una forma de los daños de la confianza. Esta forma toma en cuenta la oportunidad perdida por confiar en una promesa, no solamente la inversión en confianza que hizo el receptor de la promesa. De igual modo, la tradición del derecho civil considera los daños del costo de oportunidad como una forma de los daños negativos *(damnum emergens)*.

Para ilustrar los daños del costo de oportunidad con el ejemplo 1, si el consumidor no hubiese contratado con K la compra de boletos para la ópera al precio de p_K, entonces el consumidor habría comprado los boletos a O al precio de p_O. Al poner su confianza en la promesa de K, el consumidor perdió la oportunidad de comprar a O y en cambio tuvo que pagar el precio de presente, p_s. En consecuencia, la diferencia existente entre estos precios mide el costo de oportunidad: $x_K (p_s - p_O)$. En otras palabras, el pago perfecto de daños del costo de oportunidad por el incumplimiento del vendedor es igual a la diferencia

existente entre el precio del mejor contrato alternativo y el precio del presente.

Para ilustrar con el ejemplo 2, al poner su confianza en la promesa del consumidor, la agencia K compró x_K boletos para la ópera al precio de mayoreo p_W y perdió la oportunidad de venderlos a la agencia O al precio p_O. Después del incumplimiento del consumidor, K vendió los boletos al precio de presente, p_s. Suponiendo que el precio de mayoreo supera al precio de presente, el pago perfecto de la compensación de la oportunidad perdida por K es igual a $x_K(p_O - p_s)$.[6] En otras palabras, el pago perfecto de los daños del costo de oportunidad por el incumplimiento del comprador es igual a la diferencia existente entre el precio del contrato que es la mejor alternativa y el precio de presente.

Pasando al ejemplo 3, la contratación de una brújula K hizo que el comprador perdiera la oportunidad de comprar el bote con una brújula O. La diferencia existente entre el valor de mercado del bote al menudeo con una brújula O y su valor de menudeo con la brújula real es igual al pago perfecto de los daños del costo de oportunidad, $v_O - v_A$. La fila "Costo de oportunidad" en el cuadro IX.1 resume estos hechos.

Hemos estado discutiendo un contrato de boletos para la ópera con el sustituto cercano que esté disponible en caso de incumplimiento. Las partes celebran contratos para protegerse contra futuros cambios en los precios. Por lo tanto, el comprador celebra el contrato para evitar tener que pagar a los "revendedores" un precio elevado por los boletos para un espectáculo exitoso en el momento en que éste se presente. En cambio, el vendedor celebra el contrato para protegerse contra la posibilidad de tener que vender los boletos a un precio menor para un espectáculo sin éxito en el momento en que éste se presente. En los mercados bursátiles y de artículos de consumo, las partes suelen protegerse contra los cambios de precios a través de la compra y venta de opciones. Una opción es el derecho a comprar un bien en el futuro a un precio establecido en el contrato o, de manera equivalente, la obligación de vender un bien en el futuro a un precio establecido en el contrato. Es fácil demostrar que un contrato para bienes con sustitutos cercanos es equivalente a un contrato para una opción. En ambos casos, la consecuencia material del contrato es la protección contra los cambios de precios.[7]

4. *Problema del valor subjetivo: Hawkins vs. McGee*

En los ejemplos anteriores de daños de expectativa, confianza y costo de oportunidad, la víctima del incumplimiento valúa el cumplimiento de acuerdo con los precios del mercado. Veamos ahora un caso famoso en el que la víctima del incumplimiento valuaba el cumplimiento de manera diferente a la del mercado. El famoso caso de Hawkins *vs.* McGee, 84 N.H.114, 146 A. 641 (N.H., 1929), ilustra claramente la distinción entre las tres formas de daños cuando el

valor subjetivo no es igual al valor de mercado. El demandante, George Hawkins, sufrió en su niñez un accidente que le dejó una cicatriz permanente en una mano. Cuando Hawkins tenía 18 años, el médico de su familia, McGee, lo convenció de que se sometiera a una operación que afirmaba que restauraría su mano hasta la perfección. En la operación, se injertó piel del pecho del demandante en su mano. El resultado fue horrible. La cicatriz que antes era pequeña se agrandó y se cubrió de pelo y el daño era irreversible. (varias generaciones de estudiantes de derecho estadunidenses conocen a Hawkins *vs*. McGee como "el caso de la mano peluda".) Hawkins le ganó a McGee en un juicio donde alegaba que el médico había incumplido su promesa contractual de hacer que la mano quedara perfecta.

En la apelación se discutió esta cuestión: "¿Qué daños deberían pagarse a Hawkins?" Este problema se ilustra en la gráfica IX.1. El eje horizontal de esta gráfica indica el conjunto de condiciones posibles de la mano, las que varían desde la perfección hasta la incapacidad total. El eje vertical indica el monto de los daños en dinero. Las líneas curvas de la gráfica indican la relación existente entre la medida de la incapacidad y el monto de dinero necesario para compensarla.

Todos los días, los tribunales calculan daños compensatorios de lesiones físicas. En general, los jurados hacen el cálculo en los Estados Unidos, mientras que los jueces lo hacen en Europa. Persisten dudas acerca de la forma exacta en que los tribunales hacen, o deberían hacer, el cálculo. La idea de que el dinero compensa una lesión física grave sorprende a algunas personas. Por el momento, dejemos de lado tal sorpresa y consideremos una teoría económica de la compensación.

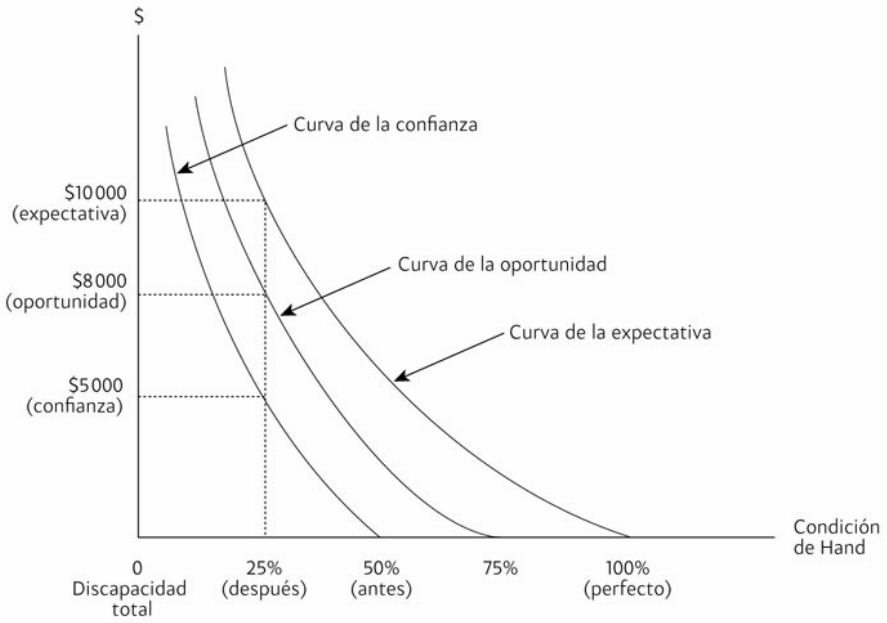
Supongamos que el bienestar o la utilidad permanecen constantes a medida que avanzamos por una curva de la gráfica IX.1, porque un cambio de la compensación contrarresta exactamente un cambio en la condición del paciente al pasar de un punto a otro de la misma curva. Por lo tanto, las curvas son análogas a las curvas de indiferencia en la teoría microeconómica de la elección del consumidor. (Véase el capítulo II.)

Ahora podemos utilizar la gráfica IX.1 para contrastar los daños basados en la expectativa, la confianza y el costo de oportunidad. Consideremos en primer término los daños de expectativa en Hawkins *vs*. McGee, representados por una curva designada como "expectativa". El médico prometió dejar la mano del muchacho en perfectas condiciones. Si el médico hubiera cumplido, Hawkins habría tenido una mano 100% perfecta y ninguna compensación. Supongamos que después de la operación la mano del paciente funcionaba al 25%. Los daños de expectativa son la suma de dinero necesaria para compensar la diferencia existente entre la mano 100% perfecta prometida y la mano al 25% que resultó. Para medir estos daños, ubiquemos el punto de 25% en el eje horizontal, subamos verticalmente hasta la curva denominada "expectativa", y luego

desplacémonos horizontalmente hasta el eje vertical para determinar el monto correspondiente de los daños: $10 000. Por hipótesis, el paciente está en tan buenas condiciones con $10 000 de daños y una mano al 25% como con una mano 100% perfecta y sin reparación de daño.

Consideremos ahora los daños de la confianza, representados por la curva designada como "confianza". Bajo la concepción de la confianza, el estado ileso es la condición en la que se habría encontrado el paciente si no hubiese celebrado ningún contrato con la parte que incumplió. Supongamos que, si no hubiese habido ningún contrato, el paciente hubiese tenido una mano funcional al 50%, mientras que después de la operación funcionaba al 25%. Los daños de la confianza son la suma de dinero que hace falta para compensar el deterioro de la mano de 50 a 25%. Al igual que la curva de la expectativa, la curva de la confianza representa la relación existente entre el grado de la incapacidad y la cantidad de dinero necesaria para compensarla. La única diferencia es que la curva de la confianza toca al eje horizontal en el punto donde la mano funciona al 50%, en lugar de al 100%. Siguiendo los mismos pasos que en el caso de los daños de expectativa, veremos que el paciente estaría en la misma situación con $5 000 de daños y una mano funcional al 25% que sin compensación de daños y una mano funcional al 50%. Por lo tanto, los daños de la confianza suman 5 000 dólares.[8]

GRÁFICA IX.1. *Costos de expectativa y de oportunidad y medidas de confianza de los daños en Hawkinsvs. McGee*



Por último, consideremos la medida de los daños por el costo de oportunidad. Es posible que la operación realizada por el doctor McGee hiciera que Hawkins perdiera la oportunidad de lograr que otro médico realizara la operación con éxito. Si se perdiera tal oportunidad, su valor proveería otra base para el cálculo

de los daños. El valor de la oportunidad perdida dependerá de cuán cerca de la perfección hubiera quedado la mano después de una operación realizada por otro médico. Por ejemplo, supongamos que otro médico habría restablecido la mano hasta el nivel de 75%. El perjuicio de la contratación del doctor McGee es igual a la diferencia existente entre el nivel de 75% que el otro médico habría proveído y el nivel de 25% logrado por el doctor McGee.

Para medir los daños del costo de oportunidad, consideremos la curva del "costo de oportunidad" de la gráfica IX.1. Ésta toca al eje horizontal en el punto de 75%, correspondiente a la condición (especulada) de la mano después de la operación realizada por el mejor doctor alternativo. Como en el caso de las otras dos curvas, la curva del costo de oportunidad se construye de tal modo que cada uno de sus puntos representa el mismo nivel de bienestar. En consecuencia, un cambio en la condición de la mano representado por un movimiento a lo largo de la nueva curva se ve exactamente contrarrestado por el cambio correspondiente en el valor de los daños. El valor de la oportunidad perdida se lee en la gráfica avanzando verticalmente desde el punto de 25% en el eje horizontal hasta llegar a la "curva de oportunidad", y luego horizontalmente hasta llegar a la intersección con el eje vertical. Siguiendo estos pasos, vemos que la medida de los daños por el costo de oportunidad es igual a $8 000, una suma menor que la de los daños de expectativa ($10 000) y mayor que la medida de los daños de confianza cuando se descuenta el costo de oportunidad ($5 000).

La gráfica IX.1 muestra que los daños de la expectativa, la confianza y el costo de oportunidad difieren de acuerdo con la base que se utilice para medir el perjuicio cuando "la base" se refiere al estado ileso. Para medir los daños de expectativa, el estado ileso es la posición que tendría el receptor de la promesa si se hubiese cumplido el contrato real.[9] Para medir los daños de la confianza, el estado ileso es la posición que tendría el receptor de la promesa si no se hubiese celebrado ningún contrato. Para medir los daños del costo de oportunidad, el estado ileso es la posición que tendría el receptor de la promesa si se hubiese cumplido el mejor contrato alternativo.

En general, la compensación perfecta es una suma de dinero suficiente para que la víctima de un perjuicio se encuentre igualmente bien con el dinero y con el perjuicio que sin el dinero y sin el perjuicio. Las curvas de la gráfica IX.1 describen los pagos perfectos de la expectativa, el costo de oportunidad y la confianza.[10] Cuando este libro habla de medidas de los daños tales como "daños de expectativa" o "daños de confianza", nos referimos a una medida idealizada de los daños que llamamos "perfecta".

El cumplimiento del contrato real colocaría al receptor de la promesa en una situación por lo menos tan buena como la del cumplimiento de la siguiente alternativa mejor. En consecuencia, el pago perfecto de los daños de expectativa viene a ser por lo menos tan alto como el pago perfecto de los daños del costo de oportunidad. El cumplimiento de la siguiente alternativa mejor colocaría al

receptor de la promesa en una situación por lo menos tan buena como la de ausencia de contrato. En consecuencia, el pago perfecto de los daños del costo de oportunidad es por lo menos tan grande como el pago perfecto de daños de la confianza. En general se aplican las desigualdades cuando los tribunales miden perfectamente los daños:

daños de expectativa ≥ daños del costo de oportunidad ≥ daños de la confianza.

¿Por qué, en general, estas tres medidas de los daños tienen este ordenamiento según el tamaño? El receptor de la promesa suele escoger el mejor contrato disponible; su pérdida por el incumplimiento del contrato que ha celebrado efectivamente es en general mayor de lo que habría sido su ganancia si hubiese celebrado el mejor contrato alternativo. En consecuencia, los daños de expectativa por lo general superan los daños del costo de oportunidad.[11] Además, el receptor de la promesa espera obtener ganancia con la celebración de un contrato más que con no celebrarlo, de modo que los daños de expectativa por lo general superan a los daños de confianza. (¿Puede explicar por qué los daños del costo de oportunidad en general son, por lo tanto, mayores que los daños de confianza?)

Sin embargo, a veces las tres medidas de los daños no tienen su orden habitual. Esto puede deberse a que los tribunales otorgan pagos de daños imperfectos, y en ocasiones la imperfección es tan grande que, digamos, el pago imperfecto de los daños de confianza supera el pago imperfecto de los daños de expectativa. Por ejemplo, supongamos que el promitente contrata la entrega de un diamante de vidrio que pertenecía a la abuela del receptor de la promesa. Confiando en el contrato, el receptor de la promesa, por razones sentimentales, encarga un caro anillo para engarzar el diamante de vidrio. El hecho de que el sentimiento motivara al receptor de la promesa a encargar el anillo significa que el valor de mercado del anillo, con o sin el diamante de vidrio, es menor que su costo. Supongamos que el promitente no entrega el diamante de vidrio y el receptor de la promesa interpone una demanda. Para el receptor de la promesa, el pago perfecto de los daños de expectativa es igual al valor subjetivo del anillo con la joya. Sin embargo, el tribunal se niega a compensar al receptor de la promesa por la pérdida de valor subjetivo. Por el contrario, el tribunal decide que los "daños de expectativa" son iguales al valor de mercado del anillo con la joya en él. Como se explicó antes, el valor de mercado del anillo es menor que su costo. En este caso, el pago perfecto de los daños de confianza es igual al costo del anillo. Por tanto, los daños de confianza superan a lo que el tribunal llama "daños de expectativa".

Así, el hecho de que un tribunal otorgue pago de daños imperfectos puede ocasionar que cambie el orden del pago de daños perfecto. Además, los pagos

perfectos de daños pueden apartarse de su orden habitual porque el receptor de la promesa comete un error al celebrar un contrato. En estas circunstancias, el contrato real podría colocar al receptor de la promesa en una situación peor que si no hubiese celebrado ningún contrato o no hubiese ningún contrato alternativo. Por ejemplo, supongamos que un especulador espera que el precio de mercado de un bien aumente y por ello firma un contrato para pagar ahora por su entrega futura. Si el especulador está equivocado y el precio baja, podría encontrarse en una situación mejor si no celebra ningún contrato que cuando si lo hace. En ese caso, sus daños de confianza serán mayores que sus daños de expectativa. En efecto, esto ocurre raras veces porque el promitente casi nunca incumple tal contrato.[12]

Hemos distinguido tres medidas de los daños e ilustrado su cálculo. La pregunta IX.1 ofrece una buena prueba de su habilidad para distinguir y calcular estos daños. Para atacar este problema, sugerimos que calcule primero la ganancia esperada del contrato. (Deberá obtener $900.) Calcule después la pérdida efectiva. (Deberá obtener $11 100.) Por último, calcule la ganancia del mejor contrato alternativo. (Deberá obtener $400.) Deberá ver de inmediato los daños de la expectativa, la confianza y el costo de oportunidad.

PREGUNTA IX.1

El comprador *B* paga $10 000 al vendedor de granos *D* de Nueva Orleans, a cambio de la promesa de *D* de entregar el grano en la oficina del comprador *B* en Londres el 1 de octubre. Por haber firmado este contrato, *B* decide no firmar un contrato similar con otro vendedor por la suma de $10 500. Dcontrata la compañía naviera *S* para que transporte el grano. El comprador Bconviene en revender el grano, a su llegada a Londres, a otra persona por la suma de $11 000. *B* paga $100 por adelantado (un pago no retornable) por concepto de gastos de atracada y descarga del barco a su llegada a Londres.

El barco empieza a hacer aguas varios días después de salir de Nueva Orleans de modo que regresa al puerto. Una inspección revela que el grano se encuentra muy dañado por el agua salada, de modo que *D* lo vende como forraje por $500. Una vez en Londres, *D* notifica a *B* lo sucedido, y compra entonces la misma cantidad de grano para ser entregado el 1 de octubre al precio de $12 000.

a) ¿Cómo mediría los daños de expectativa por el incumplimiento por parte de D, del contrato celebrado con B?

b) ¿Cómo mediría los daños de confianza?

c) ¿Cómo mediría los daños del costo de oportunidad?

PREGUNTA IX.2

La elección efectiva de una medida de los daños depende a menudo de problemas prácticos, no de la teoría. Presente algunos ejemplos de incumplimiento de los contratos donde los daños del costo de oportunidad son más fáciles de aplicar que los daños de expectativa. Presente algunos ejemplos de incumplimiento de los contratos donde los daños de la confianza son más fáciles de

cubrir que los daños del costo de oportunidad.

PREGUNTA IX.3

Los mercados perfectamente competitivos contienen muchos compradores y vendedores del mismo contrato, de modo que el mejor contrato alternativo es idéntico al contrato efectivamente firmado. ¿Qué implica este hecho acerca de la relación existente entre el pago perfecto de los daños de expectativa y el pago perfecto de los daños del costo de oportunidad por el incumplimiento en los mercados contractuales perfectamente competitivos?

PREGUNTA IX.4

Las aerolíneas por lo general venden más boletos que el número de asientos del avión. La "sobreventa" raras veces causa problemas porque un número estadísticamente predecible de personas con boleto no se presentan para los vuelos. En cambio, cada vendedor detallista de aparatos para el oído tiene, en general, capacidad para vender durante una semana un número de aparatos mucho mayor que el que vende efectivamente. La "capacidad excedente" es típica para los vendedores detallistas de aparatos para el oído. Compare los efectos de la sobreventa y la capacidad excedente sobre los beneficios perdidos por el vendedor cuando el comprador incumple un contrato de compra.[13]

PREGUNTA IX.5

Ésta es una relación de fechas del incumplimiento de un contrato que conduce al litigio. El 1 de enero, *A* contrata la entrega de un artilugio a *A* para el 1 de junio, al precio de $2 que se pagará a la entrega.

El 1 de abril, *A* rescinde el contrato. En ese momento, *B* puede comprar un artilugio para entrega inmediata por $3, o puede contratar con *C* la entrega de un artilugio el 1 de junio a un precio de $3.25. *B* no compra un artilugio para entrega inmediata ni contrata para entrega futura.

El 1 de junio, la demanda de *B* contra *B* triunfa. El tribunal falla que *A* incumplió el contrato el 1 de abril. El tribunal desea otorgar a *B* el pago perfecto de los daños de expectativa. El 1 de junio, *B* puede comprar un artilugio por $4.

¿Debería el tribunal otorgar daños de $1.25, $2, $3, $3.25, $4 o $5?

¿Debería depender el fallo del hecho de que *B* comprara un artilugio el 1 de abril, de que firmara un contrato con Cel 1 de abril o de que comprara un artilugio el 1 de junio?

5. *Restitución*

En un intercambio diferido, una de las partes a menudo entrega algo a cambio de la promesa de la otra parte de hacer algo más tarde. En estas circunstancias, un remedio para el incumplimiento consiste en requerir que la parte que incumple regrese lo que se le entregó. Por ejemplo, el comprador de un automóvil a menudo entrega un "enganche" antes de recibirlo. Si el vendedor incumple el contrato de entregar el automóvil, el tribunal podría ordenarle al vendedor que regrese el enganche. Este remedio se llama "restitución", porque requiere que el causante del daño regrese lo que recibió de la víctima.[14] La restitución

simplemente revoca la transferencia que se llevó a cabo; es un remedio mínimo en los contratos. No compensa a la víctima del incumplimiento por la expectativa, la oportunidad o la confianza. Cada una de estas tres medidas es típicamente mayor que el pago de los daños de restitución. Aunque mínima, la restitución tiene la ventaja de ser sencilla y de fácil ejecución. (El derecho común y el derecho civil contienen un concepto más amplio de la restitución, especialmente en el derecho de la propiedad, pero no podemos discutirlo aquí.)

6. *Compensación*

La compensación perfecta es una suma de dinero que sustituye al daño y hace que la víctima sea indiferente acerca de su presentación. La víctima que recibe una compensación perfecta no tiene ninguna base para quejarse por el perjuicio. En consecuencia, con frecuencia la ley no castiga a quienes compensen perfectamente los perjuicios que causen.

Podemos enunciar este argumento en términos económicos. La compensación perfecta internaliza por completo los costos externos de un perjuicio. Cuando los costos se internalizan por completo, la eficiencia requiere la libertad de acción, no la disuasión. Si hay internalización del costo y libertad, una persona racional perjudica a otras siempre que la ganancia sea suficientemente grande para pagar una compensación perfecta y quedarse todavía con algo, como lo requiere la eficiencia.

En principio, la competencia perfecta es imposible para algunas clases de perjuicios. Por ejemplo, las promesas vagas generan incertidumbre acerca del valor del cumplimiento. Cuando el valor del cumplimiento es incierto, la compensación perfecta es imposible. La compensación por el incumplimiento de promesas vagas es inevitablemente imperfecta.

En las relaciones de largo plazo, a menudo se hacen promesas vagas. Aunque vagas, las promesas pueden ser importantes para el sostenimiento de la relación. En consecuencia, es posible que las partes deseen que las promesas vagas sean legalmente exigibles, pero que prefieran un remedio diferente del pago de los daños compensatorios.

Por ejemplo, consideremos la relación existente entre los accionistas y los directores de una corporación. En lugar de prometer a los accionistas una tasa de rendimiento definida sobre su inversión, los directores hacen promesas vagas de que serán leales y se esforzarán al máximo. Aunque los directores no hagan tales promesas, la tradición del derecho común requiere que los directores sean leales a los accionistas y que actúen a favor de los mejores intereses de la corporación.[15] Sin embargo, a veces los directores se comportan deslealmente y los accionistas los demandan. Supongamos, para ilustrar, que el director de una corporación se entera de la existencia de minerales valiosos en las tierras de la compañía. Antes de que nadie más se entere, el director induce a la compañía a

que le venda la tierra. El director viola su obligación de lealtad tomando para si mismo minerales valiosos que pertenecen a la corporación.

La relación existente entre los directores y los accionistas implica la confianza, la cual se vería minada si se permite que un director se apodere de activos que pertenecen a la corporación. La ley disuade la deslealtad por varios medios, incluyendo el requerimiento de que el culpable entregue a la víctima los beneficios de su acto ilegal. Los "daños de devolución" son los daños que se pagan a la víctima para impedir que el delincuente se beneficie de su acto ilegal. Para ilustrar, supongamos que el director que compró las tierras de la corporación que contienen minerales las revendió a un tercero a un precio elevado. El director podría tener que "devolver" sus beneficios de la venta a la corporación.

Cuando la devolución es perfecta, el delincuente se sentirá indiferente entre hacer lo correcto, por una parte, o actuar incorrectamente y pagar los daños de restitución, por la otra. Así pues, la devolución perfecta es idéntica a la compensación perfecta, con los papeles del delincuente y de la víctima invertidos. El delincuente no obtiene ninguna ganancia de su acción ilegal cuando se resta el pago perfecto de los daños de devolución, así como la víctima no sufre ningún daño cuando se le causa un perjuicio y se le hace un pago perfecto de daños compensatorios.

NOTA WEB IX.1

Véase en nuestro sitio web más información y análisis sobre los casos que ilustran las dificultades para calcular los daños.

7. *Cumplimiento específico*[16]

En lugar del pago de daños, el tribunal podría ordenar que la parte que incumple realice un acto específico como un remedio. El "cumplimiento específico" requiere por lo general que el promitente haga lo que se comprometió a hacer en el contrato.[17] Como se mencionó antes, el cumplimiento específico es el remedio tradicional para el incumplimiento del contrato en algunos países del derecho civil, mientras que el pago de daños constituye el remedio tradicional en los países de derecho común, pero en la práctica la mayoría de los sistemas legales utilizan remedios semejantes en circunstancia similares.

El caso típico en el que los tribunales adoptan el cumplimiento específico como remedio implica la venta de bienes que no tienen un sustituto cercano. Como ejemplo tenemos la tierra, las casas, las antigüedades, las obras de arte y contratos de trabajo especializados. En cambio, cuando el incumplimiento implica la venta de bienes que tienen sustitutos cercanos, por lo general los tribunales otorgan el pago de daños como remedio. La víctima puede usar tal pago para comprar sustitutos del cumplimiento. Así ocurre, por ejemplo, con los automóviles nuevos, el trigo, los televisores y las acciones de compañías

públicas.

Para entender el papel de la sustitución, consideremos dos ejemplos contrastantes. Primero, la agencia de boletos K incumple su promesa de proveer un par de boletos para la ópera, de modo que el cliente tiene que pagar más para comprar boletos equivalentes a un "revendedor" la noche del evento. Los boletos son equivalentes, de modo que la diferencia de su precio mide perfectamente los daños de expectativa. Segundo, supongamos que un vendedor de libros raros incumple su promesa de vender el único ejemplar manuscrito de la novela *El ruido y la furia* de William Faulkner a un coleccionista rico. El valor de este manuscrito único es muy subjetivo, y el tribunal no puede determinarlo con precisión. En este caso será muy imperfecto el cálculo de los daños de expectativa. En consecuencia, el tribunal podría ordenar al vendedor que entregue el manuscrito al coleccionista.

En general, el error de la estimación de los daños esperados por el tribunal disminuye a medida que aumenta la facilidad de la sustitución del cumplimiento prometido. El error disminuye porque el tribunal puede otorgar el pago de daños a un nivel que permita a la víctima comprar un sustituto del cumplimiento prometido. Cuando un bien tiene un sustituto cercano fácilmente obtenible en el mercado, no es probable que nadie valúe el bien muy por encima del precio del sustituto disponible.

En cambio, el remedio del cumplimiento específico otorga al receptor de la promesa el bien mismo, antes que su valor. Al adoptar el remedio del cumplimiento específico para el incumplimiento de la promesa de entregar bienes únicos, los tribunales evitan la tarea imposible de determinar la valuación subjetiva del receptor de la promesa. Más adelante compararemos las ventajas y desventajas del pago de daños y el cumplimiento específico.

8. *Remedios diseñados por las partes: daños liquidados*

Los contratos especifican a menudo el remedio para el incumplimiento de uno de sus términos. El contrato podría estipular una suma de dinero que deberá pagar a la parte inocente quien incumpla la promesa ("daños liquidados"). Alternativamente, las partes pueden dejar activos valiosos en depósito con un tercero y especificar que los activos se entregarán a la víctima en caso de un incumplimiento ("fianzas de cumplimiento"). O bien, las partes pueden especificar un proceso para la resolución de las disputas que surjan entre ellas, como el arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio aplicando la ley de Nueva York.

Los tribunales examinan los términos que especifican remedios con mayor escepticismo y espíritu crítico que otros términos de los contratos. En lugar de aplicar los términos que especifican remedios, en ocasiones los tribunales dejan de lado los términos y los sustituyen con remedios diseñados por ellos. Por

ejemplo, los vendedores estadunidenses presentan con frecuencia a los compradores una forma de contrato que estipula que las disputas se resolverán por el arbitraje de la ciudad donde vive el vendedor. Así, un fabricante de la ciudad de Nueva York ofrece a un comprador de Los Ángeles un contrato que especifica que las disputas serán resueltas por la Asociación Estadunidense de Arbitraje de la ciudad de Nueva York. Si el comprador demanda al vendedor en un tribunal de California, el tribunal se resistirá a conceder la jurisdicción al árbitro de la ciudad de Nueva York (aunque esto parece estar cambiando para que las partes tengan mayor flexibilidad al momento de especificar el lugar donde se tramitará una disputa derivada de su acuerdo, así como la ley que habrá de aplicarse).

La tradición del derecho común y la del derecho civil difieren en lo tocante al cumplimiento forzoso de las cláusulas de castigo de los contratos. Una tradición del derecho común impide que los tribunales hagan cumplir los términos que estipulen perjuicios que excedan el daño causado efectivamente por el incumplimiento. Los tribunales llaman "castigo" a un término cuando estipula perjuicios que excedan al daño real (o una estimación previa razonable de ese daño) causado efectivamente por el incumplimiento. Los tribunales hablan de "daños liquidados" cuando se estipulan daños que no excedan el perjuicio efectivo (o una estimación previa razonable de ese daño) causado por un incumplimiento. La tradición del derecho común hace cumplir el pago de daños liquidados y niega el cumplimiento forzoso de los castigos. En cambio, los tribunales de los países de derecho civil tienden a no objetar los castigos como tales. Los tribunales de los países de derecho civil se muestran más dispuestos a hacer cumplir los castigos contractuales o a reducirlos sin descartarlos.

Algunos economistas creen ahora que los países del derecho civil hacen bien en hacer cumplir las cláusulas punitivas. La estipulación de daños en exceso de los requerimientos de la compensación puede tener tres funciones. Primero, el elemento punitivo podría considerarse como el pago de un contrato de seguro que redacta la parte culpable a favor de la parte inocente.[18] Esta situación surge cuando una de las partes del contrato otorga una alta valuación subjetiva al cumplimiento del contrato y la otra parte es el mejor asegurador posible contra su pérdida.

Por ejemplo, consideremos el delicioso ejemplo del alumno ansioso de los profesores Goetz y Scott. Un ex alumno de la Universidad de Virginia contrata un autobús para llevar a sus amigos al sitio de un importante torneo de basquetbol donde jugará el equipo de su universidad. El ex alumno está ansioso ante la posibilidad de accidentes. Qué tal si el autobús se descompone; qué tal si el tiempo inclemente impide la marcha del autobús; qué tal si el tráfico es tan pesado que los fanáticos no llegan a tiempo. El ex alumno valúa el cumplimiento del contrato para transportarlo al juego en mucho más que el precio que ha pagado para alquilar el autobús, pero el valor subjetivo es demasiado

especulativo para que los tribunales lo midan correctamente. En consecuencia, la compañía de autobuses acepta pagar al ex alumno un castigo estipulado para el caso de que no pueda cumplir su compromiso. En cambio, el ex alumno acepta pagar a la compañía de autobuses, por la renta del autobús, un precio superior al habitual. La diferencia existente entre el precio del contrato y el precio habitual representa la prima de una póliza de seguro expedida por la compañía de autobuses en favor del ex alumno. La póliza de seguro compensa al ex alumno por sus pérdidas subjetivas en caso de que la falla de la compañía de autobuses le impida asistir al juego de basquetbol.

Otra razón para el cumplimiento forzoso de las cláusulas punitivas es que a menudo transmiten información acerca de la confiabilidad del promitente. Por ejemplo, consideremos un contrato que especifica la fecha de terminación de un proyecto de construcción. Es posible que el constructor esté seguro de su capacidad para completar el proyecto en la fecha especificada, pero el comprador duda de la capacidad del constructor en ese sentido. Si el constructor promete pagar un gran castigo por la construcción tardía, señalará su certeza acerca de la terminación a tiempo. Una cláusula punitiva puede ser el procedimiento más barato para que el constructor comunique credibilidad al comprador.

Una tercera razón para hacer cumplir las cláusulas punitivas, como explicó Avery Katz, es el hecho de que la mayoría de los castigos pueden reformularse como premios. Por ejemplo, supongamos que el vendedor recibe $90 del comprador por una promesa de entregar, en un mes, bienes que el comprador valúa en $100. Supongamos además que a las partes les gustaría estipular que el vendedor paga al comprador daños de $125 por el incumplimiento del contrato. Sin embargo, esta estipulación crea un castigo de $25 por incumplimiento, de modo que quizá los tribunales no harían cumplir el castigo. La primera fila del cuadro IX.2 resume las cifras para el contrato punitivo. Con el cumplimiento del contrato punitivo, el beneficio neto del comprador es igual a 100 − 90 = 10, mientras que el beneficio neto del vendedor es igual a $90. Con el incumplimiento del contrato punitivo, el beneficio neto del comprador es igual a 125 − 90 = 35, mientras que el beneficio neto del vendedor es igual a 90 − 125 = −3 5.

A fin de aumentar la probabilidad del cumplimiento forzoso por el tribunal, las partes pueden cambiar la redacción del contrato de tal modo que un premio por el cumplimiento sustituya a un castigo por el incumplimiento en el lenguaje del contrato, pero los dos contratos tienen resultados materiales idénticos. Para alcanzar este resultado, el contrato alternativo estipula que el comprador paga al vendedor $65 a la firma del contrato, y el comprador paga al vendedor $25 como premio por el cumplimiento. El beneficio neto del comprador por el cumplimiento es, entonces, igual a 100 − 65 − 25 = 10, y el beneficio neto del vendedor es igual a 65 + 25 = 90, que es un resultado idéntico al del contrato punitivo. En caso de que el vendedor incumpla el contrato de premio, el

vendedor paga los daños efectivos del comprador con valor de 100. Por lo tanto, el beneficio neto del comprador por el incumplimiento es igual a 100 – 65 = 35, y el beneficio neto del vendedor es igual a 65 – 100 = –35, que es un resultado idéntico al del contrato punitivo. El contrato punitivo contiene aparentemente un castigo ilegal y el contrato de premio contiene aparentemente un premio legal, aunque los contratos sean materialmente idénticos. Lo importante de este ejemplo es que la no aplicación forzosa de los castigos crea incentivos para la reformulación de contratos idénticos con premios.

CUADRO IX.2.

	Precio de contrato	*Premio por cumplimiento*	*Ganancia del vendedor por cumplimiento*	*Daño real por incumplimiento*	*Castigo por incumplimiento*	*Pérdida del vendedor por incumplimiento*	*Ganancia del vendedor por incumplimiento*
Contrato de castigo	90	0	90	100	25	–35	+35
Contrato de premio	65	25	90	100	0	–35	+35

NOTA WEB IX.2

Véase en nuestro sitio web una representación del cuadro IX.2 en la forma de un árbol de decisión.

PREGUNTA IX.6

Explicamos antes que el cumplimiento específico es el remedio habitual para el incumplimiento de un contrato de entrega de bienes para los que no existen sustitutos cercanos, mientras que el pago de daños es el remedio habitual cuando existen sustitutos cercanos. Utilice la "cercanía de los sustitutos" para explicar por qué la muerte de un artista libera a sus herederos de todos los contratos que haya firmado para pintar retratos, mientras que la muerte de un pintor de casas no libera a sus herederos de los contratos que haya firmado para pintar casas.

PREGUNTA IX.7

La restitución es habitualmente inadecuada para compensar a la víctima. ¿Qué razones prácticas tienen los tribunales para usar la restitución como remedio?

PREGUNTA IX.8

Supongamos que un defraudador debe restituir sus ganancias si es atrapado. A fin de volver poco rentable el fraude (el valor esperado del fraude es cero), ¿cuán grande deberá ser la probabilidad de ser atrapado?

PREGUNTA IX9.

¿Puede describir las condiciones en que el cumplimiento específico es un remedio imposible? ¿Puede describir las condiciones en que el cumplimiento específico es un remedio injusto para un tercero? (Pista: supongamos que el vendedor de Nueva York incumplió su contrato y vendió el manuscrito de Faulkner a alguien más.)

PREGUNTA IX.10

Una compañía constructora *C* y un propietario *P* acuerdan la construcción de un edificio de oficinas para su ocupación el 1 de septiembre. El propietario *P* desea firmar con los inquilinos comerciales la ocupación del edificio para el 1 de septiembre. Las causas imprevisibles retrasan a menudo los proyectos de construcción. *C* está dispuesto a asumir este riesgo y propone un precio de $10 millones y una cláusula de liquidación que requiere que *C* pague a *P* $1 500 por día para que termine después el edificio. Usted es un abogado contratado por *P* para que le ayude con el contrato. *P* le dice en privado que en realidad va a perder $1 000 por cada día de retraso en vez de $1 500 por día. ¿Cómo explicaría a *P* que podría beneficiarse de la propuesta para reducir los daños liquidados de $1 500 a $1 000 por día?

NOTA WEB IX.3

En nuestro sitio web analizamos otros temas que tienen que ver con los daños estipulados; se incluye una decisión del juez Posner en la que hubo de determinar el cumplimiento forzoso de una cláusula punitiva y de otros remedios.

Daños liquidados e incumplimiento eficiente

Hasta finales de 2001 el Departamento de Bomberos de Boston permitió a sus empleados las licencias por enfermedad ilimitadas. Durante 2001 los bomberos se tomaron un total de 6 432 días por esta licencia. Luego, como parte de un programa para incrementar el profesionalismo, el Departamento de Bomberos anunció que a partir de 2002 los bomberos sólo podrían tomar 15 días de licencia por enfermedad al año. Los días adicionales de licencia por enfermedad no serían remunerados. En 2002 los bomberos se tomaron un total de 13 431 días por enfermedad, el doble de la cantidad que habían tomado en el año anterior, cuando las licencias por enfermedad eran ilimitadas y compensadas. ¿Qué sucedió?

Una posibilidad, sugerida por la profesora Tess Wilkinson-Ryan de la Escuela de Leyes de la Universidad de Pensilvania, era que cuando el nuevo contrato de trabajo formalizaba la política de las licencias por enfermedad e imponía una sanción explícita por rebasar el límite, ese simple hecho fomentaba el incumplimiento.* Esta posibilidad de que la sustitución de normas informales por leyes explícitas podría tener resultados inesperados ya se ha visto antes. Uri Gneezy y Aldo Rustichini realizaron un famoso estudio de las guarderías israelíes, en el que encontraron un efecto similar.† Se suponía que los padres recogerían a sus hijos en las guarderías a las 4

p.m. Si no lo hacían la guardería tenía que contratar a ayudantes para que continuaran con el servicio de supervisión de los niños que no habían sido recogidos. Hubo tantos padres que no recogían a sus hijos, a pesar de las peticiones de que llegaran a tiempo y de las advertencias sobre las consecuencias adversas de llegar tarde, que algunas de las guarderías introdujeron una multa explícita para los padres que llegaran 10 minutos después o más para recoger a sus hijos. El resultado sorprendente fue que la tardanza de los padres aumentó en las guarderías que impusieron la multa, mientras que permaneció constante en aquellas en las que no se impuso la multa. Esto fue precisamente contrario a lo que se esperaba: las multas pretendían disuadir, mas no fomentar, la actividad sancionada.

Continuando con estos ejemplos de los bomberos de Boston y los padres de las guarderías israelíes, la profesora Wilkinson-Ryan planteó la hipótesis de que al hacer explícito el precio del incumplimiento del contrato, a través de la inclusión de una cláusula de daños liquidados, se podría fomentar el incumplimiento. Por otra parte, especuló que debido a que las consideraciones generales de la moral podrían desalentar el incumplimiento incluso cuando era eficiente, las cláusulas de liquidación podrían promover el incumplimiento eficiente.

La profesora Wilkinson-Ryan confirmó sus hipótesis en una serie de experimentos cuidadosamente diseñados basados en internet. Ella escribió:

> Cuando las obligaciones interpersonales son informales o no se especifican, los individuos actúan según las normas comunitarias comunes, como la norma moral de cumplir las promesas. Sin embargo, cuando se especifican las sanciones para el comportamiento no cooperativo o se formalizan entre las partes, el comportamiento se vuelve más estratégico y más egoísta.

¿Esta conclusión sugiere que la ley debe fomentar las cláusulas de los daños liquidados para fomentar el incumplimiento eficiente?

B. *Modelos de remedios*

Una vez descritos los remedios del incumplimiento del contrato, ahora corresponde analizarlos. Un análisis económico de los remedios modela sus efectos sobre el comportamiento. Los remedios afectan a muchas clases de comportamiento, pero no las podemos modelar a todas ellas.[19] Nuestro análisis se concentrará en los tres remedios siguientes:

1. La decisión del promitente de incumplir o cumplir,
2. la inversión del promitente en el cumplimiento, y
3. la inversión del receptor de la promesa en confianza en tal promesa.

1. *Incumplimiento y cumplimiento eficientes*

Cuando las circunstancias cambian, el incumplimiento de una promesa puede ser más eficiente que su cumplimiento. En tales circunstancias, el incumplimiento ocurre de dos maneras. Primero, el promitente puede incumplir el contrato al romper la promesa. Segundo, las partes pueden negociar y modificar el contrato para permitir el incumplimiento de la obligación original.

Por ejemplo, supongamos que *A* promete construir un artilugio personalizado y entregarlo a *B* el 1 de septiembre. El 1 de agosto, *A* se da cuenta de que la construcción del artilugio costará más de lo esperado y más de lo que vale para *B*. Ésta es una contingencia desafortunada. Alternativamente, *A* podría enterarse de que *C* valora mucho más el artilugio que *B*, de modo que entregárselo a Ccrea más valor que entregárselo a *B*. Ésta es una contingencia afortunada. En cualquier caso, cumplir la promesa de construir y entregar el artilugio a *B* es ineficiente. Para evitar la ineficiencia, *A* puede incumplir el contrato y sufrir las consecuencias, como pagar los daños a *B*. Alternativamente, *A* puede renegociar el contrato con *B* y obtener la liberación de sus términos, lo que generalmente implica que *A* le dé algo a *B* que *B* valore más que el cumplimiento.

Cuando el incumplimiento es más eficiente que el cumplimiento, ¿qué es lo que determina que *A* incumpla o que renegocie el contrato? De acuerdo con el teorema de Coase las partes renegociarán siempre que los costos de transacción sean bajos. En la renegociación, las partes dividirán el excedente derivado de la sustitución del contrato original con un contrato más eficiente. Los términos del contrato renegociado dependerán del poder de negociación de las partes, que a su vez depende del remedio legal en caso de que la negociación no sea exitosa. Las dos secciones siguientes explican la manera en que el remedio legal (el pago de daños) o el remedio equitativo (cumplimiento específico) afectan el poder de negociación cuando hay una contingencia afortunada o desafortunada.

2. *Contingencia desafortunada*

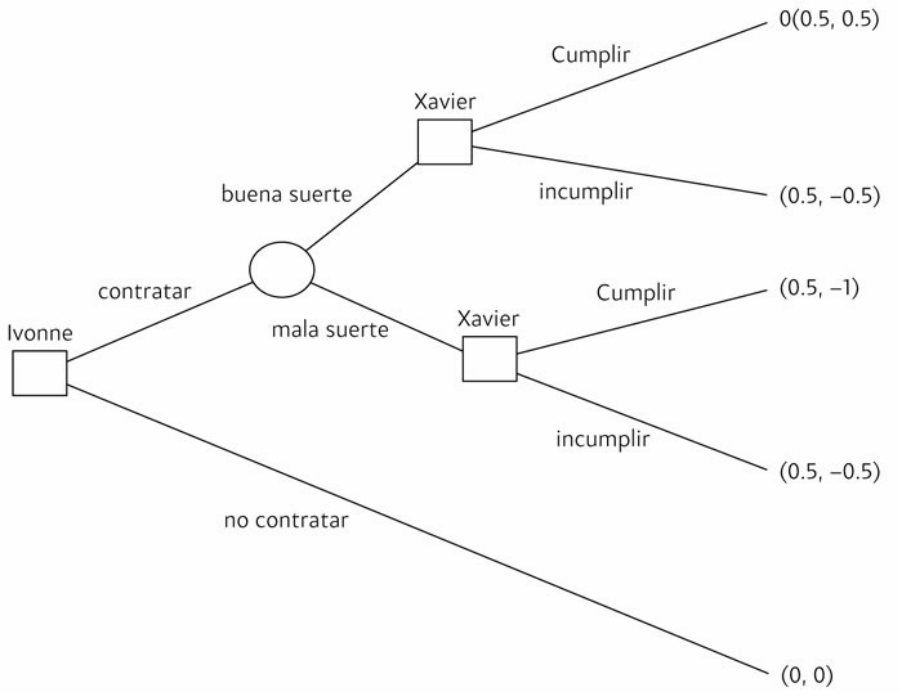
En el capítulo anterior modelamos una contingencia desafortunada utilizando el juego de la agencia. En la versión relevante del juego de la agencia, el agente (segundo jugador) promete cooperar con el principal (primer jugador). Cuando se hace la promesa, el costo futuro de la cooperación permanece incierto. El costo de la cooperación podría ser bajo o alto. Los costos bajos son probables y los costos elevados son improbables. Los costos altos del cumplimiento son una contingencia desafortunada que vuelve eficiente el incumplimiento.

La figura IX.1, que reproduce los números utilizados para construir la figura VIII.3 del capítulo anterior, describe estas ganancias en una matriz. Si hay buena suerte, el cumplimiento es barato para Xavier, de modo que cumple y las ganancias de Ivonne y Xavier son (0.5, 0.5). Si hay mala suerte, el cumplimiento es caro para Xavier, de modo que incumple y compensa a Ivonne pagándole los

daños de expectativa. En ese caso las ganancias de Ivonne y Xavier son (0.5, −5).

La figura IX.1 supone que Xavier debe pagar los daños de expectativa a Ivonne. Consideremos ahora el remedio del cumplimiento específico. Este remedio otorga al principal un derecho al cumplimiento del agente independientemente de su costo. Si el principal ejerce este derecho, el agente se verá forzado a cumplir aunque los costos del cumplimiento sean elevados. Si el principal obliga al agente a cumplir a costos elevados, el agente recibirá -1 y el principal 0.5.

FIGURA IX.1. *Contrato cuando la suerte afecta el cumplimiento*



Sin embargo, en lugar de ejercer este derecho, el principal podría responder ante la contingencia desafortunada renegociando el contrato. Si la renegociación tiene éxito, el principal aceptará el pago de daños a cambio de permitir el incumplimiento del agente. Cuando el agente incumple, las ganancias conjuntas se igualan a cero en la figuraIX.1. Alternativamente, si fracasa la renegociación, el principal ejercerá su derecho al cumplimiento. Las ganancias conjuntas del cumplimiento a un alto costo se igualan a (?1 + 0.5), o sea, −0.5. La diferencia existente en las ganancias conjuntas, entre el cumplimiento a un alto costo y el incumplimiento, es igual al excedente de la renegociación exitosa. Por lo tanto, el excedente de la renegociación exitosa en la figura IX.1 es igual a 0 − (?1 + 0.5) = 0.5.

La renegociación exitosa permite que las partes se repartan el excedente de 0.5. En el capítulo IV analizamos ampliamente la división del excedente de una negociación. Por si sola, la racionalidad no prescribe en general una división del excedente. Consideremos un procedimiento razonable para dividir el excedente.

Sin renegociar el contrato, el principal puede obligar al agente a cumplir, lo que le da al principal una ganancia de 0.5. El principal debe recibir por lo menos 0.5 para beneficiarse de una renegociación del contrato. Además de 0.5, el principal deseará una parte del excedente. Una división razonable del excedente le dará la mitad, o sea, 0.25, a cada jugador. En consecuencia, una renegociación razonable del contrato otorgará al principal (0.5 + 0.25 = 0.75). El agente pagará 0.75 al principal a cambio de que no ejerza su derecho al cumplimiento específico. (¿Puede demostrar que esta solución otorga también al agente la ganancia que podría obtener independientemente, más la mitad del excedente de la cooperación?)[20]

La eficiencia requiere que los jugadores escojan las acciones que maximizarán la suma de las ganancias del principal y el agente. La suma de las ganancias se encuentra sumando los dos números al final de cada rama de la figura IX.1. Puede advertirse sin dificultad que el cumplimiento a bajo costo es más eficiente que el incumplimiento, mientras que el incumplimiento es más eficiente que el cumplimiento a un costo elevado. Hemos demostrado que el remedio del pago de daños hace que el agente cumpla a bajo costo e incumpla, en lugar de cumplir, a un costo elevado. En cambio, el remedio del cumplimiento específico hace que el agente cumpla a bajo costo, mientras que a veces cumple y a veces incumple a un costo elevado. El agente cumple a un costo elevado cuando fracasa la renegociación. En consecuencia, el remedio del pago de daños es siempre eficiente, mientras que el cumplimiento específico es a veces ineficiente.[21]

Se entiende fácilmente la diferencia existente entre los dos remedios por lo que toca a la eficiencia. El remedio del pago de daños otorga al promitente la elección de cumplir o incumplir y pagar daños. El promitente puede escoger la alternativa más barata.[22] En cambio, el remedio del cumplimiento específico otorga al receptor de la promesa el derecho al cumplimiento, independientemente de sus costos. El ejercicio de este derecho en las circunstancias erradas causa la ineficiencia. A fin de evitar el ejercicio ineficiente del derecho al cumplimiento específico, las partes deberán renegociar el contrato. La renegociación exitosa puede restaurar la eficiencia a la decisión de incumplir. Mientras que el principal y el agente puedan renegociar con éxito y a un costo muy bajo, el remedio legal y equitativo afectará la distribución pero no a la eficiencia.

El estudio del teorema positivo de Coase, en el capítulo IV, nos llevó ya a una conclusión acerca de la renegociación, especialmente con el ejemplo de la lavandería y la compañía de electricidad. De acuerdo con el teorema positivo de Coase, la negociación privada con costos de transacción nulos siempre asigna los recursos eficientemente. Si los costos de transacción son nulos, la ley influye sobre la distribución pero no sobre la eficiencia. Acabamos de aplicar el teorema de Coase a los contratos. Descubrimos que el agente incumplirá eficientemente, cualquiera que sea la regla legal, siempre que la renegociación triunfe. Si la renegociación no cuesta nada, el remedio legal y equitativo para el

incumplimiento contractual influirá sobre la distribución pero no sobre la eficiencia. Sin embargo, si la renegociación es costosa, el remedio del pago de daños por el incumplimiento del contrato tiene una ventaja sobre el cumplimiento específico, así como la compensación tiene una ventaja sobre el mandato judicial en los casos de molestias con altos costos de negociación.

NOTA WEB IX.4

¿El enfoque en el incumplimiento eficiente menosprecia la base moral de la promesa? En esta nota web se presentan algunos artículos teóricos y experimentales recientes sobre la moralidad del cumplimiento de nuestras promesas.

3. *Contingencia afortunada*

El análisis anterior explicó que cuando una contingencia desafortunada vuelve antieconómico el cumplimiento y el promitente desea evitar el cumplimiento, el remedio del mandato judicial aumenta el poder de negociación del receptor de la promesa en las negociaciones subsecuentes por comparación con un remedio de pago de daños. Aplicaremos ahora esta argumentación a una contingencia afortunada. Una contingencia afortunada es por lo general un contrato alternativo que resulta más rentable aún que el contrato original. Cuando una contingencia afortunada hace que el promitente desee evitar el cumplimiento del contrato original a fin de beneficiarse más aún de un contrato alternativo, el remedio del mandato judicial aumenta el poder de negociación del receptor de la promesa en las negociaciones subsecuentes por comparación con un remedio de pago de daños. Contando con mayor poder de negociación, el receptor de la promesa podrá extraer una porción mayor aún del excedente creado por la contingencia afortunada.

Para demostrar este hecho, supongamos que la persona *A* valúa en $90 000 el hecho de vivir en su casa, mientras que la persona *B* valúa en $110 000 el hecho de vivir en la casa de *A*. *A* promete vender a *B* la casa en $100 000, lo cual creará un excedente de $20 000. Pero antes de completar la venta, aparece en escena la persona *C* y ofrece comprar la casa de *A*. *C* valúa la casa en $126 000 y ofrece pagar $118 000. La aparición de *C* genera una alternativa nueva, más rentable, al contrato original. Así, la transferencia de la casa de *A*, quien la valúa en $90 000, a *C*, quien la valúa en $126 000, genera un excedente de $36 000. El cuadro IX.3 resume estas cifras en la primera columna, llamada “Valor otorgado a la casa”.

CUADRO IX.3. *Remedios*

	Valor otorgado a la casa	*Distribución del excedente si no hay ningún remedio*	*Distribución del excedente si el remedio es el cumplimiento específico*	*Distribución del excedente si el remedio es el pago de los daños de expectativa*
Persona *A*	$ 90000	$28000	$10000	$18000
Persona *B*	$110000	$0	$18000	$10000
Persona *C*	$126000	$8000	$8000	$ 8000
TOTAL		$36000	$36000	$36000

Supongamos que la aparición de *C* hace que *A* incumpla el contrato negándose a vender la casa a B. Bdemanda a *A*. Consideremos las ganancias de las tres partes cuando la ley no otorga a *B* ningún remedio, permitiendo que *A* venda la casa a *C*. La ganancia de *A* es igual a la diferencia entre el valor de la casa para él ($90 000) y el precio de la venta a *C* ($118 000), o sea, $28 000. La ganancia de *B* es igual a cero. La ganancia de *C* es igual a la diferencia existente entre el precio de compra ($118 000) y el valor de la casa para él ($126 000), o sea, $8 000. El cuadro IX.3 resume estas cifras en la segunda columna, llamada "Distribución del excedente si no hay ningún remedio".

Supongamos ahora que los tribunales responden a la demanda de *B* en contra del incumplimiento de *A* con el remedio del cumplimiento específico. El cumplimiento específico es una orden del tribunal para que *A* cumpla su promesa y le venda la casa a *B* por $100 000, como lo prometió. La ganancia de *A* será igual a la diferencia existente entre el valor de la casa para él ($90 000) y el precio de la venta a B($100 000), o sea, $10 000. Presumiblemente, Brevenderá la casa a Cpor $118 000. La ganancia de *B* será igual a la diferencia existente entre su precio de compra ($100 000) y su precio de venta ($118 000), o sea, $18 000. La ganancia de *C* será igual a la diferencia existente entre el precio de compra ($118 000) y el valor de la casa para él ($126 000), o sea, $8 000. El cuadro IX.3 resume estas cifras en la tercera columna, llamada "Distribución del excedente si el remedio es el cumplimiento específico".

Por último, supongamos que los tribunales responden a la demanda de *B* en contra del incumplimiento de *A* con el remedio del pago de daños. Aincumple el contrato con *B* y vende la casa a *C* por $118 000. La ganancia de *A* será igual a la diferencia existente entre el valor de la casa para él ($90 000) y el precio de la venta a *C* ($118 000), o sea, $28 000. Habiendo obtenido un excedente de $28 000, *A* debe pagar ahora daños para compensar a *B* por el incumplimiento del contrato. El monto de los daños determinará la división del excedente de $28 000 entre *A* y *B*. Supongamos que el tribunal ha diseñado los daños para colocar

a *B* en la situación que esperaba tener si *A* hubiese entregado la casa y *B* la hubiese conservado. *A* esperaba obtener una casa que valúa en $110 000 por un precio de $100 000, lo que le daría un excedente esperado de $10 000. De acuerdo con este cálculo, los daños de expectativa de *B* ascienden a $10 000. Los daños de expectativa generan el resultado de que *B* obtiene un excedente de $18 000, Bobtiene $10 000 en efectivo, y *C* obtiene un excedente de $8 000 en la compra de la casa. El cuadro IX.3 resume esas cifras en la cuarta columna, llamada "Distribución del excedente si el remedio es el pago de los daños de expectativa".

Comparemos ahora los remedios del cumplimiento específico y del pago de daños de expectativa. La eficiencia económica requiere que los recursos se asignen al uso más valioso. *C* valúa el uso de la casa más que *A* o *B*. Por lo tanto, un remedio eficiente requiere que *C* se quede con la casa. Con el cumplimiento específico, Ccompra la casa a *B*, y Bobtiene una parte del excedente mayor que la de *A*. Con el pago de los daños de expectativa, *C* compra la casa a *A*, y *A* obtiene una parte del excedente mayor que la de *B*. Cualquiera de los remedios diseñados por el tribunal genera incentivos eficientes para la asignación de la casa, pero los remedios difieren en lo tocante a la ruta de la venta y a la distribución del excedente generado por el intercambio. Como vimos en la sección anterior y en el capítulo IV, cuando los costos de transacción son nulos, la ley afecta la distribución pero no la eficiencia. El cuadro IX.3 expresa este resultado. Mientras que *A*, *B* y *C* puedan negociar con éxito con costos de transacción nulos, la elección del remedio del pago de daños afectará a la distribución pero no a la eficiencia.

El remedio del pago de los daños de expectativa otorga al promitente una elección entre el cumplimiento o el incumplimiento con pago de daños. La distribución del excedente favorece al promitente cuando el remedio del incumplimiento es el pago de daños. En cambio, la distribución del excedente favorece al receptor de la promesa cuando el remedio del incumplimiento es el cumplimiento específico.

El teorema de Coase implica que los remedios diseñados por los tribunales difieren en lo tocante a la eficiencia sólo cuando los costos de transacción son positivos. En este caso, el remedio más eficiente diseñado por el tribunal minimiza los costos de transacción del desplazamiento del bien a su uso más valioso. En nuestro ejemplo, el remedio más eficiente diseñado por el tribunal minimiza los costos de transacción del cambio de la propiedad de la casa de *A* a *C*. El cuadro IX.3 supone que el movimiento puede hacerse con costos de transacción nulos, lo que implica que ambos remedios son igualmente eficientes (pero difieren en sus consecuencias distributivas).

Explicamos antes que las consecuencias de proteger un derecho mediante un remedio de pago de daños o un remedio de orden judicial son muy semejantes en el derecho de la propiedad y el derecho de los contratos. Cuando los propietarios

pueden negociar a bajo costo, o las partes de un contrato pueden renegociar a bajo costo, el remedio del mandato fortalece la posición negociadora de la parte que tiene el derecho sin afectar la eficiencia del resultado. Pero cuando las negociaciones son costosas, el remedio podría afectar su magnitud. Como sucede en las disputas sobre la propiedad, las renegociaciones contractuales podrían ser más simples cuando el remedio es el cumplimiento específico.

Para entender la razón, consideremos la tarea que enfrenta el tribunal al calcular los daños derivados del incumplimiento del contrato celebrado por *A* con *B*. A fin de determinar los daños compensatorios, el tribunal deberá estimar el valor que *B* otorga a la casa. Para los tribunales es difícil estimar la valuación subjetiva del comprador, la cual debe exceder al precio de venta, pero ¿en cuánto? Los abogados podrían gastar mucho dinero discutiendo si *B* valuaba la casa en $105 000, $110 000 o $125 000.[23] Esta incertidumbre nubla las negociaciones de las partes para llegar a un arreglo extrajudicial.

Al contrario de lo que ocurre con el pago de daños, el remedio del cumplimiento específico no plantea a los tribunales el problema de la valuación. Cuando el tribunal aplica este remedio, el tribunal ordena a *A* que venda la casa a *B* al precio del contrato. El tribunal no tiene que fijar un precio. Ni tiene que ocurrir una transferencia de la casa a favor de *B*. La negociación podría remplazar al cumplimiento. En la negociación, cada una de la partes estará insegura acerca de la valuación de la casa por parte del otro. Existen muchas ventajas cuando son los mercados, no los tribunales, quienes resuelven la incertidumbre del precio. Algunos economistas piensan que el problema de la valuación por parte los tribunales es tan severo que el derecho de los contratos debería adoptar el cumplimiento específico más ampliamente como un remedio.[24]

PREGUNTA IX.11

Supongamos que *A* valúa su casa en $90 000. *B* está dispuesto a pagar $110 000 por la casa de *A*, a fin de instalarse más cerca de su trabajo. (En esta pregunta, olvídese de la persona *C*.) Luego de firmar un contrato, el empleador de B anuncia que la compañía se mudará a otra ciudad. En vista de esto, el valor de la casa para *B* se reduce a $75 000. Desde el punto de vista de la eficiencia, ¿quién debería ser el dueño de la casa, *A* o *B*? ¿Cómo alcanzarán las partes la eficiencia en la asignación de la casa si el tribunal obliga al cumplimiento del contrato?

PREGUNTA IX.12

Ofrezca ejemplos de contingencias desafortunadas y afortunadas que podrían hacer que el incumplimiento del contrato fuera más eficiente que el cumplimiento. Ofrezca algunas razones por las que las partes podrían dejar de insertar términos explícitos en el contrato para enfrentar estas contingencias, tales como un término que excuse el incumplimiento cuando el cumplimiento sea muy costoso.

PREGUNTA IX.13

Enuncie el teorema de Coase tal como se aplica a los remedios para el incumplimiento del

contrato.

PREGUNTA IX.14

Supongamos que una contingencia afortunada vuelve eficiente el incumplimiento de un contrato de venta, y que las partes no pueden renegociar el contrato. Explique por qué el remedio del pago de daños puede ahorrar costos de transacción al reducir el número de ventas requerido para trasladar el bien hacia la persona que lo valúa más. Explique por qué el remedio del cumplimiento específico permite que el tribunal evite el problema de las valuaciones subjetivas del bien.

C. *Inversión en el cumplimiento y la confianza*

Hemos comparado los efectos de incentivo de dos remedios diferentes (el pago de los daños de expectativa y el cumplimiento específico) sobre una clase de decisión (el cumplimiento o el incumplimiento). Consideremos ahora los efectos de incentivo de varios remedios diferentes sobre dos clases de decisiones (inversión en el cumplimiento y la confianza). Nuestro análisis del derecho de la propiedad reveló una paradoja cuando comparamos las acciones que realiza el Estado en las que es necesario compensar a los dueños de la propiedad privada por la reducción del valor de su propiedad ("confiscaciones") con las acciones del Estado que no requieren ninguna compensación ("regulaciones"). Específicamente, el hecho de que sea necesaria una compensación crea incentivos eficientes para la acción del Estado e incentivos ineficientes para la inversión de los propietarios privados, mientras que el hecho de que no sea necesaria tiene el efecto contrario. Encontramos la misma paradoja en el derecho de los contratos cuando consideramos el efecto de incentivo sobre dos clases de decisiones: la inversión en el cumplimiento y la confianza.

1. *Paradoja de la compensación*

Comenzaremos por explicar la paradoja de la compensación en los contratos. Un contrato impone obligaciones al promitente cuyo cumplimiento es, por lo general, costoso. Para cumplir o para aumentar la probabilidad del cumplimiento, el promitente debe invertir. El promitente tiene un incentivo para invertir más en el cumplimiento cuando la responsabilidad por el incumplimiento es mayor. En cambio, el receptor de la promesa puede aumentar el valor del cumplimiento mediante la confianza, pero ésta aumenta también la pérdida derivada del incumplimiento. El receptor de la promesa tiene un incentivo para confiar más cuando la responsabilidad por el incumplimiento es mayor. El ejemplo siguiente ilustra la situación.

EJEMPLO 4

La Casa de los Wafles. Ivonne es propietaria de un restaurante para economistas llamado La Casa de los Wafles. Su negocio prospera, de modo que necesita una instalación más grande. Celebra

entonces un contrato con Xavier, un constructor, quien promete construir el nuevo restaurante de modo que esté listo para su ocupación el 1 de septiembre. Xavier sabe que ciertos acontecimientos podrían poner en peligro la terminación del edificio a tiempo, tales como una huelga de plomeros, los inspectores municipales recalcitrantes o el mal tiempo. Puede reducir la probabilidad del cumplimiento tardío trabajando horas extras antes de que expire el contrato con los plomeros, fastidiando a los inspectores municipales o acelerando el trabajo en el techo.

Ivonne espera que su negocio crezca considerablemente cuando abra las nuevas instalaciones. A fin de enfrentar tal incremento, Ivonne necesita ordenar más comida de la que puede usar en su antiguo restaurante; por lo tanto, le gustaría ordenar más comida para el 1 de septiembre, a fin de asegurar la continuación del servicio, pero se arriesga a tener que disponer de la comida complementaria con una pérdida si el edificio no está terminado a tiempo.

El aumento de los daños que Xavier deberá pagar a Ivonne por la terminación tardía del edificio incrementa los incentivos para que Xavier invierta en el cumplimiento y aumenta también los incentivos para que Ivonne conserve la confianza.

Ya comparamos las medidas perfectas de los daños y concluimos que los daños de expectativa son por lo menos tan grandes como los daños del costo de oportunidad, los que a su vez son por lo menos tan grandes como los daños de la confianza. Por lo tanto, los incentivos del promitente para invertir en el cumplimiento disminuyen a medida que la base de los daños cambia de la expectativa al costo de oportunidad y a la confianza. Lo mismo se aplica a los incentivos de Ivonne para invertir en la confianza.

¿Cuál nivel de daños genera incentivos eficientes para invertir, de modo que el promitente no cumpla de más o de menos? Para tener incentivos eficientes, el promitente debe internalizar por completo la pérdida que sufre el receptor de la promesa por el incumplimiento. El pago perfecto de los daños de expectativa hace que el promitente internalice la pérdida totalmente, como lo requiere la eficiencia. Dado que el pago perfecto de los daños de expectativa es por lo menos tan grande como el pago de los daños del costo de oportunidad, este último debe permitir a menudo que el promitente externalice una parte del costo del incumplimiento. De igual modo, dado que el pago perfecto del costo de oportunidad es cuando lo menos tan grande como el pago perfecto de los daños de la confianza, este último debe permitir a menudo que el promitente externalice una parte aún mayor del costo del incumplimiento.

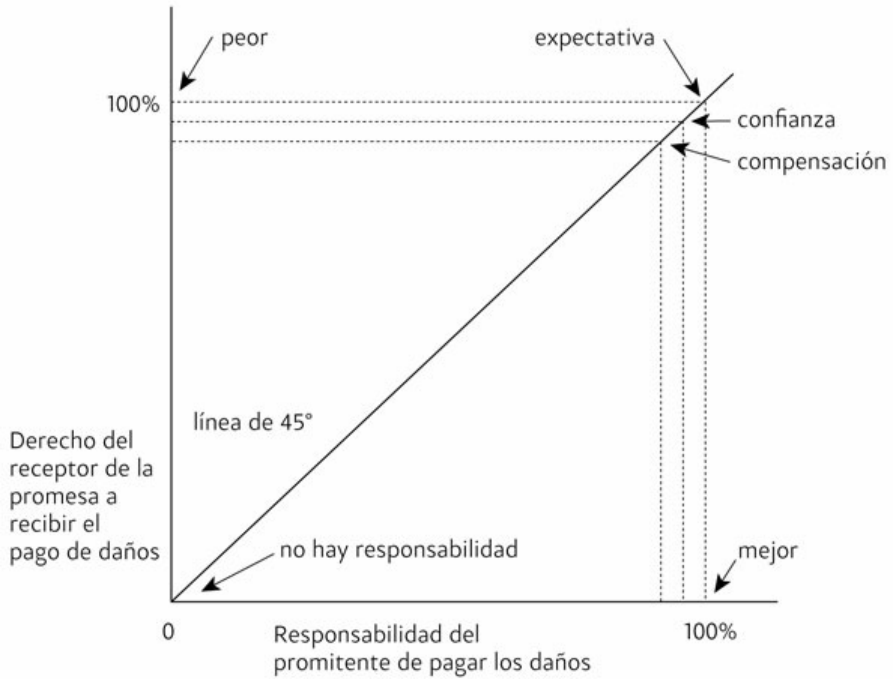
Por lo que toca al receptor de la promesa, ¿qué nivel de daños genera incentivos eficientes para la confianza, de modo que el receptor de la promesa no confíe de más ni de menos? Para tener incentivos eficientes, el receptor de la promesa debe internalizar completamente la pérdida derivada del incumplimiento, lo que significa que el receptor de la promesa no debería recibir ningún pago por concepto de daños. A medida que aumenta la extensión de los daños, de los daños de la confianza a los del costo de oportunidad y a los daños

de expectativa, el receptor de la promesa externaliza una parte cada vez mayor de la pérdida derivada del incumplimiento. El pago perfecto de los daños de expectativa hace que el receptor de la promesa externalice el 100% de la pérdida. Aplicada a los contratos, la paradoja de la compensación consiste en que, partiendo del pago perfecto de los daños de expectativa, la disminución de los daños empeora los incentivos del promitente y mejora los incentivos del receptor de la promesa.

Para ilustrar la paradoja de la compensación, volvamos al ejemplo de Xavier e Ivonne. Si Xavier es responsable de la pérdida efectivamente causada por la terminación tardía del edificio, entonces Xavier internaliza completamente los beneficios que obtiene Ivonne de la terminación a tiempo. En consecuencia, Xavier tiene incentivos eficientes para equilibrar su costo del cumplimiento y el beneficio resultante para Ivonne. Por desgracia, la responsabilidad de Xavier distorsiona los incentivos de Ivonne. Si Xavier es responsable de la pérdida efectivamente causada por la terminación tardía del edificio, entonces Ivonne externaliza el costo de la confianza. En efecto, Xavier la proveerá de un seguro completo contra la terminación tardía. En consecuencia, Ivonne tendrá un incentivo para actuar como si la terminación a tiempo fuese segura y para ordenar suficiente comida para la entrega el 1 de septiembre.

En cambio, si Xavier no es responsable de la terminación tardía, Xavier externaliza el costo que la terminación tardía impone a Ivonne, lo que genera incentivos ineficientes para Xavier y eficientes para Ivonne.

GRÁFICA IX.2. *Derecho del receptor de la promesa a recibir el pago de daños*



La gráfica IX.2 resume estos hechos. El eje horizontal mide la responsabilidad del promitente de pagar daños, y el eje vertical mide el derecho del receptor de la promesa de recibir el pago de daños. A lo largo de la línea de 45 grados, la responsabilidad del promitente de pagar daños es igual al derecho del receptor de la promesa de recibir el pago de daños. Si hay daños de expectativa, el promitente internaliza 100% del costo del incumplimiento, de modo que tiene incentivos eficientes, pero el receptor de la promesa internaliza 0% del costo del incumplimiento, de modo que tiene incentivos ineficientes. En cambio, en el origen de la gráfica, donde los daños son iguales a cero, el promitente internaliza 0% del costo del incumplimiento, de modo que tiene incentivos ineficientes, pero el receptor de la promesa internaliza 100% del costo del incumplimiento, de manera que tiene incentivos eficientes. Entre estos extremos se encuentran los daños del costo de oportunidad y los daños de la confianza, que llevan a ambas partes a internalizar menos de 100% y más de 0% del costo del incumplimiento, de modo que ninguna de ellas tiene incentivos completamente eficientes.

Ésta es la forma general de la paradoja de la compensación: 1)para que el victimario internalice los costos, deberá compensar plenamente a la víctima; 2)para que la víctima internalice los costos, no deberá recibir compensación por sus perjuicios; 3)en el derecho privado, la compensación pagada por el victimario es igual a la compensación recibida por la víctima; 4)por lo tanto, el derecho privado no puede internalizar los costos del victimario y de la víctima, como lo requiere la eficiencia.

La paradoja afecta a todas las áreas del derecho privado. Encontramos la paradoja de la compensación en el capítulo IV cuando analizamos la compensación de la confiscación de propiedades por el Estado, y volvimos a encontrar la paradoja en el capítulo VI, cuando consideramos la compensación por accidentes. En el derecho de los contratos, la paradoja asume la forma siguiente; 1)para que el promitente internalice los beneficios de la precaución, deberá compensar plenamente al receptor de la promesa por el incumplimiento; 2)para que el receptor de la promesa internalice los costos de la confianza, no deberá recibir compensación por el incumplimiento; 3)en el derecho de los contratos, la compensación pagada por el promitente, por el incumplimiento, es igual a la compensación recibida por el receptor de la promesa; 4)por lo tanto, el derecho de los contratos no puede internalizar los costos para el promitente y el receptor de la promesa, como lo requiere la eficiencia.

2. *Acciones no verificables y antiseguros*

De acuerdo con la gráfica IX.2, la responsabilidad por el pago perfecto de daños de expectativa otorga incentivos eficientes al promitente e incentivos ineficientes al receptor de la promesa. ¿Por qué no resolver la paradoja de la compensación haciendo que todos prometan actuar de manera eficiente todo el tiempo? Esta

solución no tiene éxito porque las promesas son exigibles. Para hacer cumplir una promesa, un tribunal debe verificar si se cumplió o no. Los tribunales no pueden verificar muchas promesas de actuaciones eficientes.

Para entender el problema, consideremos el ejemplo de La Casa de los Wafles, en el que Xavier promete terminar el edificio para Ivonne el 1 de septiembre. Para terminar la construcción a tiempo, Xavier necesita que Ivonne utilice su influencia política para obtener los permisos de construcción de parte de los funcionarios municipales. Las partes no pueden predecir la ayuda exacta que Xavier necesita de parte de Ivonne, como presionar a algún miembro del consejo o llamar al alcalde. Dada esta incertidumbre, las partes introducen un término indefinido en el contrato. Ivonne promete hacer su "mejor esfuerzo" para ayudar a Xavier a obtener los permisos de construcción. La cláusula del "mejor esfuerzo" es sumamente inaplicable debido a que el tribunal no puede verificar el nivel de ayuda de Ivonne. (Más adelante analizaremos por qué las partes generalmente celebran contratos con términos indefinidos, como el "mejor esfuerzo".)

En general, cuando dos individuos cooperan para proveer inversiones para una empresa conjunta, algunas de éstas no son verificables. Para maximizar el valor de la cooperación, las partes tratan de celebrar un contrato que las induzca a proveer la combinación eficiente de inversiones. Sin embargo, las promesas relativas a las inversiones que no son verificables son inaplicables.

Las partes deberían intentar resolver el problema enfocándose en la responsabilidad por los resultados, en lugar de las promesas relativas a las inversiones que no son verificables. Quienquiera que sea 100% responsable del resultado internaliza los beneficios y los costos de las inversiones, incluidas las inversiones que no son verificables, como lo requiere la eficiencia. Por lo tanto, el contrato puede establecer que el constructor debe pagar al comprador $1 000 por semana por la terminación tardía del edificio. Si para el comprador el costo efectivo de la demora es igual a $1 000 por semana, el constructor internaliza los beneficios de terminar a tiempo el proyecto. Sin embargo, el comprador es indiferente entre la terminación oportuna del edificio y recibir el pago de daños de $1 000 por semana por terminación tardía; por lo tanto, el comprador externaliza los costos de la terminación tardía del edificio. Para que el comprador internalice los costos de la terminación tardía, éste no debe recibir compensación alguna por el daño causado por la terminación tardía del edificio. Con una compensación de cero, el comprador asume el 100% de la responsabilidad de los costos de la terminación tardía. Si el comprador no recibió compensación alguna por la terminación tardía del constructor, entonces el comprador tendría fuertes incentivos para ayudar al constructor con los permisos de construcción.

Para que el constructor sea 100% responsable por el resultado y que el comprador reciba 0% de compensación por el incumplimiento del constructor, el contrato debe involucrar a un tercero. El contrato debería establecer que el promitente que incumpla debe pagar los daños al tercero, mas no al receptor de

la promesa. Así, el constructor promete pagar $1 000 por semana por terminación tardía del edificio a un tercero, de modo que el constructor asume el 100% de la pérdida causada por su incumplimiento del contrato. La responsabilidad total del constructor y la del comprador suman 200%. *En general, la provisión eficiente de inversiones no verificables requiere que cada una de las dos partes sea responsable por el 100% del resultado, de tal modo que su responsabilidad total sume 200%.*

Este tipo de contrato que involucra a tres partes se llama antiseguro.[25] Para entender su nombre, consideremos tres posibilidades en el ejemplo anterior: ausencia de seguro, seguro de responsabilidad y antiseguro. Con la ausencia de seguro, el constructor paga al comprador el 100% del costo de incumplimiento; de modo que el constructor y el comprador asumen un total de 100% del daño. Con el seguro de responsabilidad, la aseguradora paga el 100% de los daños por incumplimiento que el constructor le debe al comprador; de modo que el constructor y el comprador asumen un total de 0% del daño. Con el antiseguro, el constructor paga al tercero el 100% de los costos del incumplimiento; de modo que el constructor y el comprador asumen un total de 200% del daño. En este punto de la historia, el antiseguro es sobre todo una idea teórica, pero un individuo que entiende el antiseguro también entiende el problema de incentivos de las acciones no verificables.

3. *Soluciones contractuales para la paradoja de la compensación*

Hemos estado analizando los incentivos para que el receptor de la promesa ayude al promitente, como la ayuda que Ivonne dará a Xavier con los permisos de construcción, lo que aumenta la probabilidad de cumplimiento. Ahora volvemos a los incentivos para que el receptor de la promesa confíe en la misma, como el pedido de alimentos de Ivonne para la entrega el día en que se supone que estará listo el nuevo restaurante, lo que aumenta el valor del cumplimiento. En algunos contratos ambas partes desean que el receptor de la promesa confíe como si el cumplimiento fuese seguro. En otros contratos ambas partes desean que el receptor de la promesa limite su confianza, dada la incertidumbre acerca del cumplimiento. En el último caso, la paradoja de la compensación predice que la compensación de las víctimas del incumplimiento hará que ellas confíen en exceso.

Antes de analizar los mecanismos legales para evitar el exceso de confianza del receptor de la promesa, explicaremos una estrategia general para solucionar la paradoja de la compensación. Los incentivos eficientes requieren a menudo la internalización de los costos marginales, no la internalización de los costos totales. Un procedimiento para alcanzar esta meta consiste en basar la compensación en los daños hipotéticos del receptor de la promesa causados por el incumplimiento, no en los daños efectivos. El pago de los daños de expectativa

hipotéticos es igual a la ganancia que el receptor de la promesa que confía óptimamente habría obtenido del cumplimiento. Así pues, el pago de los daños de expectativa hipotéticos restaura al receptor de la promesa que confía óptimamente en la posición que habría disfrutado si se hubiese cumplido la promesa. Sin embargo, el pago de los daños de expectativa no compensa la confianza efectiva. El receptor de la promesa asume las pérdidas causadas por su exceso de confianza.

Por ejemplo, supongamos que el incumplimiento hace que el receptor de la promesa que confía óptimamente pierda $100, y que el incumplimiento hace que el receptor de la promesa que confía en exceso pierda $125. Bajo estos supuestos, el pago de los daños de expectativa hipotéticos es igual a $100. Si el tribunal otorga el pago de los daños de expectativa hipotéticos, el receptor de la promesa que confía en exceso y sufre una pérdida de $125 por el incumplimiento asume la pérdida adicional de $25. Por lo tanto, el receptor de la promesa internaliza el costo marginal de su confianza efectiva, como lo requieren los incentivos eficientes.

La responsabilidad por el pago de los daños de expectativa hipotéticos puede surgir de dos maneras. Primero, el contrato puede establecer el pago de daños en el nivel requerido por los daños de expectativa hipotéticos. En el caso anterior, las partes podrían darse a si mismas incentivos eficientes si incluyeran en su contrato una cláusula de liquidación que estipule el pago de daños del incumplimiento por valor de $100. Segundo, si las partes no lo hacen así, los tribunales podrían decidir no compensar por los daños causados por la confianza excesiva. En el caso anterior, el tribunal podría descontar $25 del daño efectivo de $125 provocado por el incumplimiento y el conjunto de daños igual a $100.

Pero en lugar de abordar el problema directamente y descontar el pago de daños del exceso de confianza, los tribunales podrían hacerlo indirectamente mediante la doctrina de la posibilidad de previsión. La confianza previsible es igual a la cantidad que el promitente podría esperar razonablemente que el receptor de la promesa tomara bajo las circunstancias. En cambio, la confianza imprevisible supera a la cantidad que el promitente podría esperar razonablemente que el receptor de la promesa tomara bajo las circunstancias. En el derecho común, la doctrina de la posibilidad de previsión compensa la confianza previsible y no compensa la confianza imprevisible. Por lo tanto, la doctrina de la posibilidad de previsión impone un tope al monto de los daños. Si la confianza "previsible" se iguala a la confianza "óptima", la doctrina de la posibilidad de previsión impone un tope a los daños en el nivel requerido por los incentivos eficientes.

El famoso caso de Hadley *vs*. Baxendale estableció el principio de que la confianza excesiva es imprevisible y, en consecuencia, no es compensable. Para resumir los hechos de este caso, Hadley era propietario de un molino de granos, el eje principal del molino se rompió y Hadley contrató a una empresa, donde

trabajaba Baxendale, para que transportara el eje al lugar en que habría de ser reparado. El eje dañado era el único del molino de Hadley, el que permaneció cerrado en espera de que regresara el eje reparado. El transportista no entregó el eje con rapidez. Tras el retorno tardío del eje reparado, Hadley demandó el incumplimiento de contrato y exigió el pago de daños por una suma igual a la de sus beneficios perdidos mientras su molino permanecía cerrado aguardando el retorno del eje. El demandado sostuvo que la medida de los daños (si hubiese un incumplimiento) debía ser mucho menor. El transportista supuso que Hadley, como la mayoría de los molineros, tenía un eje de repuesto. Sostuvo además que Hadley no le informó de la urgencia especial de la reparación.[26] El transportista ganó el juicio y este caso explica subsecuentemente el principio de que la compensación por el incumplimiento de contrato se limita a los daños previsibles.[27]

Consideremos la conexión entre el tope a los daños y la confianza marginal. Mientras el daño efectivo se mantenga por debajo del tope, la confianza adicional que aumenta el daño efectivo también aumenta el pago de daños que recibe el receptor de la promesa. Cuando el daño efectivo se eleva al nivel del tope, no obstante, la confianza adicional que aumenta el daño efectivo no aumenta el pago de daños que recibe el receptor de la promesa. Una vez que se alcanza el tope, el pago de daños no varía y el receptor de la promesa asume el costo marginal de la confianza adicional. La regla de Hadley no es el único procedimiento para hacer que el pago de daños sea constante con respecto de la confianza. Los daños liquidados son también constantes respecto de la confianza. La estipulación de una cantidad exacta de daños en el contrato es un mecanismo comúnmente utilizado para impedir la confianza excesiva.

De acuerdo con la doctrina de Hadley, un receptor de la promesa que enfrenta daños imprevisibles debe informar al promitente por adelantado a fin de que el promitente prevea los daños efectivos. En principio, el hecho de informar al promitente lo hace responsable por el daño efectivo causado por el incumplimiento, incluyendo el daño que el promitente desinformado no prevería. Por lo tanto, la doctrina Hadley provee un fuerte incentivo para que el receptor de la promesa revele información al promitente cuando celebran un contrato.

Los teóricos han elaborado un lenguaje útil para describir estos hechos. La doctrina Hadley obliga el intercambio de información creando una "regla de castigo de omisión". La regla de omisión, que aplica cuando el receptor de la promesa no le informa al promitente sobre los daños extraordinarios en caso de incumplimiento, castiga al receptor de la promesa anulando la recuperación de daños imprevistos.[28]

Un astuto teórico de los juegos podría advertir que, bajo ciertas circunstancias, un mecanismo de mercado revela los hechos referentes a la confianza aunque la ley no imponga este resultado. Consideremos un mundo con muchos receptores

de promesas que confían poco y unos pocos receptores de promesas que confían mucho. Sin la regla de Hadley, cada receptor de promesa que confíe poco deseará revelar este hecho al promitente y negociar después un precio menor para el contrato. El promitente puede deducir que cada receptor de promesa que no negocia un precio menor debe ser un receptor de promesa que confía mucho. Al igual que la regla de Hadley, este mecanismo del mercado hace que el promitente conozca toda la información acerca de los daños que sufrirían los receptores de la promesa en caso de incumplimiento. La diferencia es que la regla de Hadley provoca que los receptores de promesas que confían mucho hagan la revelación, mientras que el mecanismo de mercado provoca que los receptores de promesas que confían poco hagan la revelación. Es más barato que los pocos revelen sus circunstancias especiales y no que los muchos revelen sus circunstancias ordinarias. Comparada con los mecanismos de mercado, la regla de Hadley reduce los costos de transacción de la revelación de los hechos referentes a los daños esperados del incumplimiento por el receptor de la promesa.

PREGUNTA IX.15

Explique la diferencia existente entre los acontecimientos previsibles y los acontecimientos efectivamente previstos.

PREGUNTA IX.16

Supongamos que usted ha tomado algunas fotografías muy valiosas. Desea notificar este hecho al revelador a fin de que sea responsable de los daños excepcionales en caso de que dañe la película. En lugar de esto, el revelador le hace firmar un contrato que establece el pago de daños al nivel ordinario. Si el revelador pierde las fotografías posteriormente, ¿esperaría recuperar los daños a nivel ordinario o extraordinario?

PREGUNTA IX.17

La limitación de la confianza antes del incumplimiento reduce los daños que causa. La "mitigación" de los daños después del incumplimiento también reduce el daño. En el caso de La Casa de los Wafles, por ejemplo, Ivonne puede mitigar los daños revendiendo los alimentos complementarios a otro restaurante. El derecho común requiere que el receptor de la promesa mitigue los daños. Específicamente, el receptor de la promesa debe realizar acciones razonables para reducir las pérdidas derivadas del incumplimiento del promitente. Describa el monto eficiente de la mitigación. ¿Cómo podría el requerimiento de la mitigación crear un incentivo para la mitigación eficiente?

4. *Tiempo*

Hemos analizado los efectos de incentivo de la responsabilidad por el incumplimiento sin analizar de manera explícita el tiempo de las acciones contractuales. Generalmente, los contratos siguen una secuencia como ésta:

Tiempo 0: El vendedor promete entregar un bien en el tiempo 2 y el

comprador promete pagar por él a la entrega.

Tiempo 1: El comprador empieza a confiar. El vendedor comienza a elaborar el bien.

Tiempo 2: El comprador termina de confiar. El vendedor entrega el bien y el comprador paga por él.

0	1	2
pagar y prometer	empezar a confiar y cumplir	terminar de confiar y cumplir

Si el vendedor rompe la promesa y no entrega el bien en el tiempo 2, el vendedor deberá pagar los daños al comprador. Los daños de expectativa son iguales a los aumentos en precio en los que se puede comprar un sustituto cercano en el tiempo 2.

Para ilustrar de manera concreta, supongamos que el comprador promete pagar 100 por la promesa de que el vendedor le entregará el bien *b* en el tiempo 2. Si el vendedor incumple en el tiempo 2 y en ese tiempo el bien *b* se vende a 125, el pago de los daños de expectativa será igual a 25.

En ocasiones el vendedor decide en el tiempo 1 que incumplirá el contrato en el tiempo 2. En consecuencia, el vendedor renuncia al contrato en el tiempo 1 y le dice al vendedor que no cumplirá como lo había prometido. A la renuncia del contrato se le llama "incumplimiento anticipado". En principio, el pago de daños de expectativa por incumplimiento anticipado tiene dos posibilidades, aunque la ley no es clara sobre la diferencia. Primero, el comprador puede adquirir un sustituto en el momento del incumplimiento anticipado y solicitar un pago de daños que iguale su precio. En nuestro ejemplo, supongamos que en el tiempo 1 un contrato para entregar un bien *b* en el tiempo 2 cuesta 110. Cuando el vendedor renuncia al contrato en el tiempo 1, el comprador paga 110 por el contrato sustituto e inmediatamente solicita al vendedor una compensación de 10. Segundo, el comprador puede esperar hasta el tiempo 2, comprar un sustituto por 125 y solicitar un pago de daños igual a 25. Cualquiera de estos enfoques pone al comprador en la misma posición en la que se encontraría si el vendedor hubiera cumplido con el contrato; así, el comprador no tiene ninguna razón para preferir uno en lugar del otro.

En el ejemplo anterior, el precio del cumplimiento prometido aumenta con el tiempo, de 100 en el tiempo 1 a 110 en el tiempo 1 y a 125 en el tiempo 2. En cambio, consideremos las consecuencias cuando el comprador paga por adelantado y el precio cae. Supongamos que el comprador paga 100 en el tiempo 0 por la promesa del vendedor de entregar el bien ben el tiempo 2. Si el vendedor incumple en el tiempo 2 y el bien *b* se vende a 80, el vendedor puede obtener una ganancia de 20 por comprar el bien a alguien más y entregárselo al comprador.

Al hecho de pagar ahora por la entrega inmediata se le llama "contrato al contado". Al hecho de pagar por la promesa de entregar un bien en el futuro se le

llama “contrato de futuros”. Podemos reformular las conclusiones anteriores en este lenguaje. El pago de daños de expectativa por el incumplimiento anticipado es igual al precio de los futuros en el tiempo de la renuncia o el precio presente en el tiempo de entrega prometido. Cualquier medida del daño pone al receptor de la promesa en la misma posición en la que se encontraría si el promitente hubiera cumplido con el contrato.

Generalmente, el promitente incumple o renuncia al contrato porque sus costos de cumplimiento aumentan inesperadamente. En estas circunstancias, en lugar de incumplir o renunciar al contrato, el promitente puede comprar el bien a alguien más y entregarlo al receptor de la promesa. Al comprar y entregar un sustituto, el promitente cumpliría como lo prometió en lugar de incumplir con el contrato. Dado un mercado de cumplimiento sustituto, no hay mucha diferencia si el promitente compra un sustituto y lo entrega (cumple), o si el receptor de la promesa compra un sustituto y obtiene un reembolso de parte del promitente (incumplimiento y compensación).

La diferencia principal es el costo de transacción. El cumplimiento es más eficiente que el incumplimiento cuando el promitente puede adquirir un sustituto a un precio menor que el que conseguiría el receptor de la promesa. En cambio, el incumplimiento es más eficiente que el cumplimiento cuando el receptor de la promesa puede adquirir un sustituto a un costo menor que el que conseguiría el promitente. En el último caso, el incumplimiento puede tomar la forma de renegociación del contrato, en cuyo caso el promitente se compromete a pagar al receptor de la promesa el precio de la compra del sustituto, y el receptor de la promesa se compromete a liberar al promitente del contrato original. Alternativamente, el incumplimiento puede tomar la forma del incumplimiento del contrato de parte del promitente y del pago de daños al receptor de la promesa.

Hemos explicado que un mercado de cumplimiento sustituto y los costos de transacción bajos permiten que el vendedor cumpla al mismo costo que el pago de daños por incumplimiento. Dado que el vendedor puede evitar el incumplimiento sin costo adicional, éste puede evitar el pago de daños en caso de que los tribunales establezcan un pago de daños demasiado alto. Específicamente, el vendedor es indiferente entre si los tribunales establecen un pago de daños de expectativa por incumplimiento anticipado que iguala el precio de los futuros en el tiempo de la renuncia o el precio al contado en el tiempo de entrega prometido.[29]

Explicamos que el pago de daños de expectativa por incumplimiento de un contrato de futuros es igual al precio de mercado de un sustituto cercano. Sin embargo, en ocasiones un bien no tiene un sustituto cercano, como en el caso de un programa de cómputo personalizado, una casa diseñada por un arquitecto en particular o la presentación de una estrella de la ópera. Cuando se diferencian los bienes, el precio del sustituto más cercano refleja de manera imperfecta el valor

del cumplimiento hacia el receptor de la promesa. En el caso de los bienes diferenciados, la dificultad para calcular la expectativa podría ocasionar que los tribunales otorguen el pago de daños de confianza. Ya hemos explicado que el pago de daños de confianza por el incumplimiento de un contrato para la entrega de bienes diferenciados crea un problema de incentivos: el promitente no internaliza por completo el costo del incumplimiento hacia el receptor de la promesa; de modo que el promitente rechaza el contrato demasiado pronto y con demasiada frecuencia.

En nuestro ejemplo, supongamos que, en el tiempo 1, el comprador invierte 5 en confianza y en el tiempo 2 invierte 10. Los daños de confianza por el incumplimiento en el tiempo 2 son iguales a la inversión en confianza del comprador en los tiempos 1 y 2, o 15. Los daños de confianza por incumplimiento anticipado en el tiempo 1 son iguales a la inversión en confianza del comprador en el tiempo 1, o 5. Una razón por la que el vendedor intenta renunciar al contrato en el tiempo 1 es la reducción de su responsabilidad por los daños de confianza. En cualquier caso, el comprador valúa más el cumplimiento que su inversión en confianza de 5 o de 15. La responsabilidad por los daños de confianza hace que el vendedor rechace el contrato demasiado pronto y que lo incumpla con demasiada frecuencia debido a que el costo para éste, que es de 5 o 15, suele ser menor que el costo para el comprador, el cual representa el valor del cumplimiento.

Mencionamos que, generalmente, el promitente incumple o renuncia al contrato porque sus costos de cumplimiento aumentan inesperadamente. Cuando el cumplimiento prometido carece de sustitutos cercanos, un aumento en su costo generalmente hace que las partes entablen nuevos debates sobre los contratos. El éxito de la renegociación depende a menudo de la claridad de los derechos y obligaciones de las partes. Desafortunadamente, el derecho común del incumplimiento anticipado no es claro, esto provoca ineficiencias y otros problemas.[30] Para apreciar estos hechos, explicaremos los elementos de una teoría de la renegociación.

El capítulo anterior desarrolló el principio económico fundamental del derecho de los contratos: hacer cumplir las promesas cuando ambas partes deseaban la exigibilidad en el momento en el que se hizo la promesa. Este principio logra la eficiencia de Pareto dando a cada parte lo que quiere (exigibilidad) en el momento en que lo desea. Un contrato renegociado surge de un contrato previo y lo remplaza. El principio fundamental para la exigibilidad de la renegociación es el mismo para cualquier contrato: hacer cumplir los contratos renegociados cuando ambas partes deseaban la exigibilidad en el momento de la renegociación.

De acuerdo con este principio, el tribunal debería hacer cumplir un contrato renegociado cuando ambas partes esperan obtener más beneficios del nuevo contrato que de la persistencia del antiguo contrato. Cuando las circunstancias

cambian y el promitente debe incumplir un contrato sin sustitutos cercanos, a menudo un contrato renegociado puede beneficiar a ambas partes. Ambas partes se benefician porque el promitente y el receptor de la promesa continúan siendo mejores socios para su empresa cooperativa que cualquier otro; de modo que necesitan seguir colaborando pero en términos diferentes. Retomaremos la teoría de la renegociación cuando analicemos los contratos realizados bajo presión.

PREGUNTA IX.18

En el tiempo 0, el comprador paga por la promesa del vendedor de entregar el bien ben el tiempo 2. El vendedor renuncia al contrato en el tiempo 1. En el mercado existen sustitutos perfectos para el bien b. En el tiempo 1, el costo de un contrato de futuros para un sustituto es de 110. Sin embargo, el comprador no compra un sustituto en el tiempo 1. En su lugar, el comprador espera hasta el tiempo 2 y compra un sustituto en el mercado de contado, que cuesta 125. El comprador demanda por un pago de daños de expectativa de 125, y el vendedor responde que los daños de expectativa son iguales a 110. El tribunal debe decidir qué nivel de daños aplicará. Explique por qué la elección entre estos dos remedios de daños influye poco sobre el comportamiento futuro de las partes como este comprador y este vendedor.

PREGUNTA IX.19

En el tiempo 0, el comprador paga por la promesa del vendedor de entregar el bien *b* en el tiempo 2, donde *b* es un bien diferenciado. Supongamos que los montos dados en la pregunta anterior indican el precio del sustituto más cercano (el cual no es muy cercano) y el grado de confianza del comprador. Los costos de cumplimiento del vendedor aumentan inesperadamente, de modo que el vendedor y el comprador negocian en un intento de renegociar el contrato. Explique por qué el vendedor preferiría renegociar en circunstancias en las que el tribunal otorga el pago de daños de expectativa por el incumplimiento en lugar de en aquellas en las que el tribunal otorga el pago de daños de expectativa por el incumplimiento.

Métodos formales e informales para el cumplimiento contractual

Desde los negocios de hamburguesas hasta las gasolineras se organizan con frecuencia como franquicias. Las relaciones entre franquiciadores y franquiciatarios implican cuestiones tales como provisiones, limpieza, publicidad, relaciones franquiciatario-empleo y exclusividad territorial. Adam Badawi, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Washington, investigó la contratación en las franquicias.* Planteó la hipótesis de que el franquiciador podría inducir al franquiciatario a cumplir con su acuerdo a través de la amenaza de sanciones legales, que Badawi llama “daños”. Alternativamente, el franquiciador podría utilizar premios y castigos que el contrato no especifica, lo que Badawi llama “gobernanza relacional”. Los ejemplos de estos últimos incluyen la devolución de más beneficios para el

franquiciatario (recompensa) o permitir que una franquicia de la competencia abra cerca del negocio del franquiciatario (castigo).

Para inducir el cumplimiento de los acuerdos, Badawi formuló la hipótesis de que los franquiciadores utilizaran los daños o la gobernanza relacional, dependiendo de cuál es más barata. A su vez, el costo relativo depende de las condiciones del mercado. Por lo tanto, la promesa de un punto de venta adicional es una recompensa efectiva si el mercado del producto va en aumento, pero no si el mercado es constante o si cae. Cuando Badawi reunió información acerca de los contratos formales y las prácticas de cumplimiento informales, concluyó que, de hecho, el pago de daños y la gobernanza relacional son sustitutos en el cumplimiento de los acuerdos con las franquicias y que varias industrias los utilizan de formas que dependen de su costo relativo.

2. Defensas de formación y excusas del incumplimiento

La primera parte de este capítulo se ocupó de este interrogante: "¿Cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de una promesa legalmente exigible?" La segunda parte de este capítulo se ocupará de la siguiente pregunta: "¿Qué promesas deben hacerse cumplir legalmente?" Nuestra respuesta desarrollará la prescripción del capítulo precedente, donde dividimos las obligaciones contractuales en las reglas de omisión y las regulaciones. Las reglas de omisión subsanan las lagunas de los contratos a fin de reducir los costos de transacción. Las regulaciones prescriben términos para los contratos a fin de corregir las fallas del mercado. El resto de este capítulo analizará algunas doctrinas importantes que subsanan lagunas y regulan contratos. Analizaremos algunas doctrinas en el orden en que aparecen en el cuadro IX.4, el que ordena por categorías las regulaciones contractuales como formas de la falla del mercado. (El cuadro IX.4 reproduce el cuadro VIII.1.)

CUADRO IX.4. *Doctrinas reguladoras del derecho de los contratos*

Supuesto	*Si se viola, doctrina contractual*
A. *Racionalidad individual*	
1. Preferencias estables y bien ordenadas	1. Incompetencia, incapacidad
2. Elección restringida	2. Coerción, coacción, necesidad, imposibilidad
B. *Costos de transacción*	
1. Derrames	1. Invalidez legal de los contratos que deroguen la política pública o la obligación estatutaria
2. Información	2. Fraude, retención de la información, frustración del propósito, error mutuo
3. Monopolio	3. Necesidad, inconsciencia o lesión

Cuando los demandados invocan estas doctrinas en las disputas contractuales, pueden formular dos reclamaciones diferentes. Primero, pueden alegar que no tienen ninguna obligación legal con el demandante porque no existe ningún contrato entre ellos. Estas reclamaciones se basan en las "defensas de formación". Una defensa de formación afirma que no se satisficieron las condiciones necesarias para crear un contrato. Por ejemplo, un hombre puede argüir que su promesa de hacer un regalo no generó ninguna obligación legal.

Por otra parte, los demandados pueden aceptar que existe un contrato, y alegar también que estaban excusados de su cumplimiento bajo las circunstancias. Estas reclamaciones se basan en las "excusas del cumplimiento". Una excusa del cumplimiento admite la existencia de un contrato y niega la responsabilidad del incumplimiento. Por lo general, la responsabilidad se niega porque ciertas contingencias extraordinarias impidieron el cumplimiento. Por ejemplo, un fabricante podría argüir que está excusado de entregar los bienes prometidos porque su fábrica se incendió. Los procedimientos imperfectos proveen defensas de formación, y las contingencias extraordinarias proveen excusas del cumplimiento.

A. *Incompetencia*

Un encargado racional de tomar decisiones puede ordenar los resultados, desde los menos preferidos hasta los más preferidos. A fin de ordenar los resultados, el encargado de tomar decisiones debe tener preferencias estables. Si sus preferencias son inestables o desordenadas, no podrá formular juicios competentes a propósito de sus propios intereses. Tal persona es legalmente incompetente. Por ejemplo, los niños, los locos y algunos adultos con retraso mental son legalmente incompetentes.

En circunstancias especiales, una persona competente podría sufrir una incompetencia temporal. Por ejemplo, la ingestión de un medicamento puede incapacitar. Una persona temporalmente incapacitada puede ser incapaz para hacer promesas legalmente exigibles. Si un vendedor utiliza tácticas de alta presión para confundir a un consumidor y hacerlo firmar un contrato desfavorable, el abogado del consumidor podría alegar "incapacidad transaccional", lo que significa una incapacidad para hacer esta transacción bajo estas circunstancias.

La mayoría de las personas protegen sus intereses mejor que cualquier tercero. Sin embargo, las personas incompetentes no pueden cuidar de si mismos, de modo que otros deben cuidarlos. La ley asigna la responsabilidad de la protección de personas incompetentes, contra contratos nocivos, a las personas competentes con quienes tratan. Las personas competentes deben proteger los intereses de sus contrapartes contractuales incompetentes o asumir la responsabilidad de no hacerlo así. Por lo tanto, la ley interpreta un contrato entre una persona competente y una persona incompetente de modo que se sirva mejor a los intereses de esta última. Por ejemplo, la ley excusará a un promitente legalmente incompetente del cumplimiento de un contrato que firmó en contra de sus intereses, mientras que requerirá que una persona legalmente competente cumpla un contrato que sirva a los intereses de un receptor de la promesa incompetente.

Las contrapartes contractuales competentes están por lo general mejor situadas que cualquier otra persona para proteger a las personas incompetentes contra los contratos nocivos. Dicho con otras palabras, las contrapartes contractuales competentes pueden proteger en general a las contrapartes contractuales incompetentes contra los contratos nocivos a un costo menor que el de cualquier otra persona. Por lo tanto, la ley asigna la responsabilidad del daño sufrido por contratantes incompetentes a las personas competentes que pueden evitar el daño al costo menor. En este punto, la ley sigue el principio general del derecho de los ilícitos culposos, en cuyos términos la responsabilidad de los accidentes debe recaer sobre la parte que pueda evitarlos al costo menor.

PREGUNTA IX.20

Una joven se encontró una piedra atractiva en el bosque y la vendió a un joyero por $1. Más tarde su familia descubrió que la piedra era un diamante en bruto que valía $700. Su familia pidió al tribunal que invalidara el contrato por incompetencia. ¿Quién estaba ubicado para proteger a la joven en esta transacción al costo menor?

PREGUNTA IX.21

Supongamos que beber en exceso causa una incompetencia temporal, y que alguien que ha bebido demasiado alcohol trata de celebrar un contrato con alguien que está sobrio. Compare los efectos de incentivo del cumplimiento forzoso y el rechazo de tales contratos.

En el cuadro IX.4 fuimos desde la incompetencia hasta la elección restringida. La mayoría de las negociaciones ocurren en condiciones de una restricción moderada, pero a veces una de las partes de una negociación enfrenta una restricción terrible, la cual deja al que toma decisiones con pocas o ninguna elección. El derecho de los contratos trata a las restricciones terribles de modo diferente a las restricciones moderadas. Una restricción terrible puede proveer al promitente de una defensa o una excusa para el incumplimiento de una promesa. Discutiremos varias doctrinas relevantes.

1. *Coacción*

La ley prohíbe que las personas hagan amenazas como ésta: "Trabaje para mí si quiere que su hermana regrese ilesa de la escuela", o bien "Arruinaré su negocio si no me lo vende por $3 500". Si una persona obtiene una promesa utilizando tal amenaza, se dice que la promesa es un "contrato celebrado bajo la coacción" y no es legalmente exigible.

Al revés de lo que ocurre con las amenazas, la ley permite que las personas formulen demandas tales como ésta: "Págueme $10 por hora o trabajaré para su competidor", o bien "Mi oferta final por su automóvil es de $3 500; tómelo o déjelo". Las demandas ocurren rutinariamente en la negociación. El hecho de que una persona obtenga una promesa mediante tal demanda no constituye una defensa ni una excusa para no cumplirla.

Una teoría de la coacción debe distinguir entre las amenazas prohibidas y las demandas permitidas. Utilizaremos la teoría de la negociación para trazar dicha distinción. En primer término, revisaremos los elementos fundamentales de la negociación que explicamos en el capítulo IV. En una situación de negociación, las partes pueden producir más cooperando (un "excedente") que por si solas. A fin de cooperar, deberán ponerse de acuerdo sobre la división del producto cooperativo. Al dividirse el producto cooperativo, ambas partes deberán recibir por lo menos tanto como podrían recibir por si solas (el "valor de amenaza"). A menudo, la negociación involucra el intercambio de demandas y ofertas en un intento por ponerse de acuerdo sobre el precio de la cooperación.

Podemos entender sin dificultad que la ley permite que las personas hagan demandas cuando negocian. Las personas saben más acerca de sus intereses que cualquier tercero, y las personas protegen sus intereses más persistentemente que cualquier otro. La mayoría de las personas pueden decidir por si mismas cuáles empresas cooperativas les convienen, en lugar de que otros decidan por ellas. El Estado puede ayudar a las personas a tomar sus propias decisiones haciendo cumplir las negociaciones privadas. En cambio, el Estado puede impedir que la gente tome sus decisiones prohibiendo las negociaciones privadas. La eficiencia requiere que el Estado facilite las negociaciones privadas,

no que las prohíba.

En la medida en que la ley prohíba las negociaciones privadas, un tercero deberá decidir quién debería coopera con quién. En general, los terceros carecen de la información y la motivación necesarias para tomar tales decisiones. Por ejemplo, la prohibición más completa de las negociaciones privadas ocurrió bajo la planeación central de los países comunistas. Muchos funcionarios de la planeación se preocupaban más por el poder personal que por la eficiencia, y quienes se preocupaban por la eficiencia carecían de la información necesaria para tomar decisiones por otros. La planeación central se derrumbó bajo el peso de su propia ineficiencia.

Muchos intentos moderados que ha hecho el Estado para restringir las negociaciones privadas han fracasado. Por ejemplo, la mayoría de las naciones ricas han abandonado los intentos estatales de fijar los precios de los bienes de consumo. Como una alternativa a la planeación estatal o a la fijación de precios, la ley obliga en general a cumplir las promesas otorgadas en respuesta a las demandas.

La negociación, que involucra demandas y ofertas, se opone a la coerción, que involucra amenazas. Por lo común, un contrato involucra una negociación donde una parte da algo para inducir a la otra parte a hacer una promesa. La negociación facilita una cooperación productiva. En general, ambas partes esperan un beneficio de la negociación. Ambas partes desean la exigibilidad para asegurar un compromiso de cooperación creíble.

En cambio, un contrato celebrado bajo la coacción tiene características opuestas. Por lo general, la coacción involucra la imposición de una promesa mediante una amenaza. El cumplimiento forzoso de la promesa, por lo común, redistribuye la riqueza entre las partes. Una parte espera ganar de una promesa obtenida bajo coerción, y la otra parte espera perder. Una parte desea el cumplimiento forzoso de una promesa obtenida bajo coerción y la otra parte no lo desea.

Para ilustrar, contrastemos el intercambio voluntario y el intercambio forzoso de bienes. Cuando el intercambio es voluntario, las partes convienen en negociar porque ambas perciben una ventaja. La propiedad pasa, en general, de alguien que valúa menos un bien a alguien que lo valúa más. La eficiencia distributiva requiere el traslado de un bien, de alguien que lo valúa menos a alguien que lo valúa más. En cambio, cuando el intercambio es involuntario, una de las partes puede verse obligada a vender un bien por menos de lo que vale para ella. En consecuencia, la propiedad puede transferirse de alguien que valúa más el bien a alguien que lo valúa menos, lo que es, por supuesto, distributivamente ineficiente.

otra diferencia importante entre las negociaciones y los contratos bajo coerción se refiere a la consecuencia de un intento frustrado de elaboración de un contrato. Si una negociación fracasa, las partes no cooperan ni crean un

excedente. Supongamos que digo: "Págueme $10 por hora o trabajaré para su competidor". Usted ofrece $9 por hora, de modo que me voy a trabajar con su competidor por $8 por hora. Mi mejor negociación alternativa es aparentemente menos productiva que la negociación propuesta.

En cambio, si la coerción fracasa y el victimario cumple la amenaza, destruirá algo valioso para la víctima. Por ejemplo, supongamos que le digo: "Trabaje para mí si quiere que su hermana regrese ilesa de la escuela". Si se niega a ser forzado y yo cumplo mi amenaza, se producirá un delito trágico. En general, *las negociaciones fracasadas no crean, mientras que la coerción fracasada puede destruir*.

Incluso las amenazas incumplidas causan desperdicio al inducir a las víctimas a invertir en su defensa. Por ejemplo, supongamos que el matón local "compra" bicicletas a cambio de $10 y la promesa de no golpear al propietario. Los propietarios de las bicicletas tratarán de protegerse contra el matón. Tal protección utiliza recursos. A menudo, el Estado puede ofrecer protección contra las amenazas a un costo menor que cualquier otro. Al brindar protección contra las amenazas, el Estado canaliza recursos de la defensa a la producción.[31]

Hemos explicado que los contratos involuntarios por lo general redistribuyen la riqueza. El Estado moderno suprime la redistribución privada e involuntaria de la riqueza, como ocurre con el robo y el fraude. El Estado moderno se reserva el poder para redistribuir la riqueza involuntariamente a través de medios tales como la tributación progresiva.

El análisis económico sugiere la regla siguiente para la coacción: una promesa lograda como precio de la cooperación para crear un valor es legalmente exigible, y una promesa lograda mediante una amenaza de destruir un valor no es legalmente exigible. Para ilustrar la regla, consideremos el siguiente ejemplo: el capitán de un barco de Seattle hace un contrato con la tripulación para realizar un viaje de pesca a Alaska. Cuando el barco llega a Alaska, la tripulación demanda un bono para terminar el viaje. El capitán no puede encontrar sustitutos de la tripulación en Alaska, de modo que acepta. Después de que el barco regresa a Seattle, el capitán se niega a pagar el bono alegando la coacción.

Este ejemplo ilustra la forma de la coacción llamada el problema de la resistencia. Cuando se negoció el contrato original, la tripulación enfrentaba la competencia de otras tripulaciones. Cuando el barco llegó a Alaska, la tripulación ya no enfrentaba la competencia de otras tripulaciones. La confianza depositada por el capitán en el contrato lo llevó a renunciar a la oportunidad de hacer un contrato con otra tripulación en Seattle. Además, el capitán hizo inversiones en confianza a causa del contrato, como la compra de combustible y provisiones. La ausencia de competencia y la confianza del capitán en la tripulación incrementaron el poder de negociación de la tripulación. Por lo tanto, la tripulación trató de renegociar el precio.

Adviértase que este ejemplo corresponde a nuestra distinción entre las

demandas legales y las amenazas ilegales. Si las partes no se hubiesen puesto de acuerdo sobre el contrato original, no habrían cooperado. Al no cooperar, no habrían creado un excedente. La renegociación es diferente. Una vez celebrado el contrato, el capitán confió al renunciar a la oportunidad de contratar otra tripulación y preparar el barco para el viaje a Alaska. En las renegociaciones, la tripulación amenazó con destruir el valor de la confianza del capitán. La amenaza destructiva de incumplir un contrato después de que ha generado confianza constituye una coerción en la renegociación del precio. En general, los tribunales no obligan a cumplir las renegociaciones contractuales motivadas por el aumento del poder de negociación del promitente derivado de la confianza del receptor de la promesa.

En el ejemplo de la tripulación de pesca, la coacción surge en la renegociación del contrato. Ya hemos analizado el principio general de que los tribunales deberían hacer cumplir los contratos renegociados cuando ambas partes deseaban la exigibilidad en el momento de la renegociación. Adviértase que en este caso, el capitán del barco deseaba supuestamente que el contrato no fuera legalmente exigible. Si el contrato renegociado no es legalmente exigible, la única opción de la tripulación es continuar con la pesca bajo el contrato original o regresar al puerto sin pesca. Se serviría al mejor interés de la tripulación si continuara pescando. De modo que el capitán prefiere que la ley no le permita celebrar un contrato renegociado que sea legalmente exigible.

Además, cuando ambas partes firmaron el contrato original, tenían razones para preferir que la ley no impusiera las revisiones en el contrato con base en la renegociación como la que ocurrió. Este hecho es fácil de ver: si en el contrato original la tripulación hubiera demandado un término que le otorgara el derecho a renegociar los términos de su salario una vez que el barco llegara a las aguas de Alaska, el capitán no la hubiera contratado. Por lo tanto, la doctrina de la coacción es importante para hacer que este mercado de trabajo funcione para el capitán y la tripulación.

Alternativamente, cambiemos los hechos en este caso para producir el resultado contrario. Supongamos que el contrato estipula que la tripulación pescará durante dos semanas, y luego de una semana, la tripulación recibe un mensaje por radio que hace que prefieran regresar a puerto inmediatamente para buscar una oportunidad mejor. Bajo estas nuevas circunstancias, la tripulación preferiría incumplir y pagar los daños al capitán en vez de continuar el viaje en los términos actuales. Para inducirlos a completar el viaje y no incumplir, el capitán ofrece un contrato más favorable. La tripulación sólo aceptará la oferta y continuará con la pesca si es legalmente exigible. En este caso, tanto el capitán como la tripulación desean que el contrato renegociado sea legalmente exigible cuando lo celebran, por lo que el tribunal debe hacerlo cumplir.[32]

Explicamos anteriormente que los tribunales suelen decir que una promesa tiene “consideración” como una manera de anunciar que la harán cumplir, y

suelen decir que una promesa no tiene "ninguna consideración" como una forma de anunciar que no la harán cumplir. Del mismo modo, los tribunales pueden decir que un contrato se renegoció bajo "nuevas circunstancias" como una forma de anunciar que harán cumplir el contrato modificado, y pueden decir que un contrato se renegoció bajo términos de "coacción" como una forma de anunciar que no hará cumplir el contrato modificado. O el tribunal puede anunciar que no hará cumplir el contrato modificado diciendo que una de las partes carecía de una "alternativa razonable" o de un "remedio adecuado" diferente al acuerdo con la demanda de la otra parte. Nuestro análisis económico proporciona una guía sobre la utilización de estas palabras. De acuerdo con nuestro principio de hacer cumplir los contratos renegociados, un mensaje por radio que aumente el costo de oportunidad de la tripulación por continuar el viaje debería contar como "cambio de circunstancias", mientras que las demandas de la tripulación sin este cambio deberían contar como "coacción".

PREGUNTA IX.22

Supongamos que la persona *A* apunta con una pistola a *B* y le pide que haga un cheque. Explique el argumento de la eficiencia para permitir que *B* cancele el cheque más tarde.

PREGUNTA IX.23

Supongamos que un famoso jugador de beisbol firma un contrato de cinco años por un millón de dólares al año. En el tercer año del contrato, el jugador batea más jonrones que todos los demás jugadores de la liga. Ahora demanda una renegociación de su sueldo. ¿Requiere la eficiencia que la ley obligue a cumplir el contrato original o que lo descarte?

NOTA WEB IX.5

La opinión sobre el caso de la tripulación pesquera descrito arriba está disponible en nuestro sitio web con algunas preguntas adicionales.

2. *Necesidad*

El ejemplo a continuación ilustra la siguiente doctrina, llamada "necesidad". Un cirujano se queda sin gasolina en un solitario camino del desierto. Una persona que pasa por allí ofrece venderle cinco litros de gasolina a cambio de la promesa de pagarle $50 000. El cirujano hace la promesa y utiliza la gasolina para salir del desierto, pero más tarde se rehúsa a pagar $50 000. El cirujano afirma que la "necesidad" lo forzó a hacer la promesa.

Al igual que la coacción, la necesidad es una promesa hecha bajo una restricción terrible. Como vimos antes, la coacción se refiere a la restricción terrible impuesta al promitente por el receptor de la promesa. En cambio, la necesidad se refiere a una restricción terrible impuesta al promitente por alguien diferente del receptor de la promesa. La causa de la restricción terrible podría ser el promitente, un tercero o la mala suerte. Por ejemplo, el cirujano pudo haberse quedado sin gasolina en un solitario camino del desierto porque se le olvidó

llenar el tanque, porque alguien le dio instrucciones erradas o porque una piedra rompió el tanque de la gasolina.

En los casos de coacción y de necesidad, el receptor de la promesa hace una amenaza destructiva y el promitente responde haciendo una promesa unilateral. Sin embargo, la naturaleza de la amenaza difiere en las dos doctrinas. En el caso de la coacción, el receptor de la promesa amenaza con destruir mediante la acción. En el caso de la necesidad, el receptor de la promesa amenaza con destruir dejando de actuar, específicamente negándose a rescatar. Por ejemplo, la persona que pasa amenaza con dejar al cirujano extraviado en un camino solitario del desierto a menos que prometa pagarle $50 000 por cinco litros de gasolina.

En una parábola bíblica, el "buen samaritano" salvó la vida de un hombre atacado por ladrones y lo curó hasta dejarlo fuera de peligro, sin ninguna expectativa de remuneración. En los casos de necesidad, un "mal samaritano" fuerza la promesa de una recompensa extravagante a cambio de un rescate. El rescate merece una recompensa apropiada, no una recompensa extravagante. Una recompensa apropiada provee incentivos eficientes para el rescate. Los incentivos eficientes para el rescate inducen una inversión suficiente en el rescate, de modo que el costo sea equivalente al beneficio esperado. El beneficio esperado es igual a la probabilidad de un rescate multiplicado por su valor.

Para ilustrar, regresemos al ejemplo del cirujano que se quedó sin gasolina en un solitario camino del desierto. El rescate le cuesta a la persona que pasa por ahí por lo menos cinco litros de gasolina, más la molestia y la demora. A fin de proveer incentivos para el rescate, el rescatador debería recuperar el costo del rescate. Además de los costos, el rescatador debería recibir una recompensa suficiente para que los rescatadores futuros actúen con gusto, no con renuencia.

Distinguimos tres clases de rescates por su costo. Primero, un rescate fortuito utiliza recursos que estaban a la mano por casualidad. Por ejemplo, la persona que pasa tiene por casualidad gasolina sobrante en su tanque cuando se encuentra al cirujano en apuros, de modo que transfiere cinco litros de gasolina del tanque de su automóvil al tanque del automóvil del cirujano. Segundo, un rescate previsto utiliza recursos destinados a posibles rescates. Por ejemplo, el automovilista que pasa lleva siempre una lata de cinco litros de gasolina en la cajuela de su automóvil para la eventualidad de que encuentre a alguien en apuros. Tercero, un rescate planeado ocurre cuando el rescatador anda en busca de personas que deben ser rescatadas. Por ejemplo, un rescatador profesional que patrulla el desierto se encuentra con el cirujano en apuros.

La diferencia de los costos afecta la diferencia de las recompensas requeridas para generar incentivos en las tres clases de rescate. El rescate fortuito utiliza recursos que están disponibles por casualidad. Los incentivos para el rescate fortuito requieren una remuneración moderada para compensar los recursos efectivamente consumidos en el rescate. El rescate previsto utiliza recursos

destinados a las emergencias. Los incentivos para el rescate previsto requieren una remuneración suficiente para compensar los preparativos contra las emergencias. Los preparativos utilizan algo más que los recursos consumidos en un rescate efectivo. El rescate planeado utiliza recursos invertidos en la búsqueda de personas en apuros. Los incentivos para el rescate planeado requieren una remuneración suficiente para compensar la búsqueda. La búsqueda utiliza más que los recursos consumidos en la preparación para las emergencias o el rescate. En general, los incentivos para los rescates planeados requieren remuneraciones mayores que los rescates previstos, y los incentivos para éstos requieren remuneraciones mayores que los rescates fortuitos.

La ley debería ajustar la remuneración para inducir la inversión en el rescate al nivel eficiente. Cuando el peligro es raro y sus consecuencias son menores, la inversión en el rescate fortuito puede ser suficiente. Por ejemplo, si los individuos rara vez se quedan sin gasolina en el desierto, y las consecuencias son una incomodidad temporal, una remuneración trivial podría ser suficiente. A medida que aumentan la probabilidad y la gravedad, la eficiencia podría requerir un rescate previsto o planeado. Si los individuos ocasionalmente se quedan sin gasolina en el desierto y las consecuencias son graves, debería otorgarse una remuneración adicional a los rescatadores por llevar gasolina adicional. Por último, si los individuos a menudo se quedan sin gasolina en el desierto y las consecuencias ponen en peligro la vida, debería darse una remuneración aún mayor a los rescatadores planeados a fin de inducirlos a formar una "patrulla del desierto".[33]

PREGUNTA IX.24

Explique por qué los rescatadores profesionales deberían recibir, por lo general, una recompensa mayor que los rescatadores previsores, mientras que éstos deberían recibir, por lo general, una remuneración mayor que los rescatadores fortuitos.

PREGUNTA IX.25

Una casa se incendia. El fuego se extingue por los esfuerzos combinados de *1)*bomberos profesionales, *2)*bomberos voluntarios que ayudan a los profesionales, y *3)*gente que pasa y que espontáneamente ayuda a los profesionales y los voluntarios. El dueño de la casa hace varias promesas para inducir la ayuda de los tres grupos. Utilice el análisis económico para explicar por qué un tribunal no deberá hacer cumplir las promesas, pero si debería obligar al propietario a pagar a *1)* más que a *2)*, y a *2)* más que a *3)*.

PREGUNTA IX.26

En Post *vs.* Jones, 60 U.S. (19 How.) 150 (1857), el barco ballenero Richmond encalló en una costa desolada del Océano Ártico y empezó a hundirse con una gran carga de aceite de ballena. Pocos días después, otros tres barcos balleneros se acercaron al Richmond. Los tres capitanes aceptaron salvar a la tripulación, pero amenazaron con no rescatar nada del aceite de ballena del Richmond si el capitán de este barco no aceptaba realizar una subasta. Uno de los tres capitanes

ofreció $1 por barril hasta donde pudiera rescatar; los otros dos ofrecieron $0.75 por barril. Ambos precios eran muy inferiores al precio en el mercado del aceite de ballena. Cuando los tres barcos retornaron al puerto con el aceite y la tripulación del Richmond, los dueños de este barco demandaron pidiendo al tribunal que no hiciera cumplir la venta del aceite de ballena a los bajos precios de la subasta. ¿Hicieron amenazas destructivas los capitanes que compraron el aceite? ¿Debería el tribunal descartar la subasta por razones de eficiencia? ¿Qué remuneración deberían recibir los rescatadores? (Nota: los capitanes de mar tienen la obligación legal de rescatar a barcos y cargas en apuros.)

3. *Imposibilidad*

Cuando hay coacción y necesidad, la restricción terrible precede a la promesa. A veces, una restricción terrible sigue a la promesa e impide su cumplimiento. Por ejemplo, un cirujano podría prometer operar y luego fracturarse una mano antes de la operación programada. Aunque el cirujano no puede cumplir, puede pagar daños. Si el cirujano no puede cumplir físicamente, la ley puede excusarlo o exigirle que pague daños. En general, cuando una contingencia imposibilita el cumplimiento, ¿debería excusarse o considerarse responsable al promitente? La "doctrina de la imposibilidad" responde este interrogante.

Como vimos en el capítulo anterior, los contratos perfectos contienen términos que asignan explícitamente todos los riesgos. La asignación explícita del riesgo requiere una negociación costosa. El costo de la negociación deberá equilibrarse con el beneficio de la asignación explícita del riesgo. En general, el costo de la negociación de riesgos remotos puede superar al beneficio. En consecuencia, los contratos eficientes tienen lagunas en lo tocante a los riesgos remotos.

A veces, los términos explícitos de los contratos ofrecen una guía para subsanar una laguna. Por ejemplo, supongamos que una compañía promete perforar un pozo para un terrateniente, pero el taladro se topa con una roca de granito impenetrable. Si el contrato no dice nada acerca de esta contingencia, el tribunal deberá decidir si el perforador deberá pagar daños al terrateniente. Si el precio establecido en el contrato de perforación supera al de las ofertas rivales, es posible que el perforador haya garantizado implícitamente el éxito al terrateniente. Si el perforador otorga una garantía implícita, deberá ser considerado responsable. O es posible que la costumbre de la industria obligue a los perforadores a asumir el costo del incumplimiento siempre que el contrato guarde silencio. Si la costumbre de la industria considera responsables a los perforadores, el tribunal deberá aplicar la costumbre en este caso.

Sin embargo, en otros casos, ni los términos del contrato ni la costumbre de la industria ofrecen una guía para asignar el riesgo. Cuando el contrato no asigna el riesgo en forma explícita o implícita a una de las partes, la ley deberá hacerlo. En el derecho de los contratos, el promitente es, por lo general, responsable del

incumplimiento, aunque no tenga ninguna culpa. En otras palabras, la responsabilidad contractual es estricta. Por ejemplo, una compañía constructora es responsable de la terminación tardía de un edificio, independientemente de que haya hecho o no su mejor esfuerzo para cumplir a tiempo. De igual forma, cuando el contrato no dice nada acerca de la contingencia causante del incumplimiento, el promitente es generalmente responsable, aunque el incumplimiento no haya sido culpa del promitente. En el caso típico, el promitente es responsable del incumplimiento causado por una contingencia remota que no se mencionó en el contrato.

Sin embargo, en algunas circunstancias la imposibilidad física del cumplimiento excusa el incumplimiento.[34] Por ejemplo, los herederos de un famoso pintor de retratos no son responsables si la muerte impide que el artista complete un contrato de pintar el retrato de alguien.[35] De igual modo, podría excusarse a un fabricante que incumple su contrato de entregar mercancías porque un rayo provocó un incendio que destruyó su fábrica.[36] El incendio de la fábrica es un "acto de Dios", o *force majeure*. También se excusa el incumplimiento si el cumplimiento se vuelve ilegal antes de que se realice. Por ejemplo, se excusará a una compañía naviera que incumpla un contrato de transportación de carga civil en tiempos de guerra si el gobierno requisa sus barcos para transportar carga militar.

Estos ejemplos se refieren a la imposibilidad física. En otros casos, el cumplimiento es físicamente posible y económicamente imposible.[37] Por ejemplo, podría excusarse al perforador que no complete el pozo prometido al terrateniente porque el taladro sólo podría penetrar el granito a un costo ruinoso.

¿Qué se encuentra detrás de estos casos y los unifica? De acuerdo con una teoría legal tradicional, una contingencia destruyó un "supuesto básico sobre el que se fundó el contrato" en cada caso.[38] Por ejemplo, el contrato firmado con el pintor de retratos suponía que el pintor viviría, el contrato celebrado con la fábrica suponía que ésta no se incendiaría, y finalmente el contrato celebrado con la compañía naviera suponía que el gobierno no requisaría sus barcos. De acuerdo con esta teoría, el incumplimiento de un contrato hecho de buena fe se excusa siempre que los acontecimientos destruyan uno de sus supuestos básicos.

¿Cómo decidimos si un supuesto es básico o indispensable? El análisis económico puede aclarar esta distinción vaga o eliminarla. La doctrina de la imposibilidad se refiere a las contingencias que imposibilitan el cumplimiento. Estas contingencias representan un riesgo, tal como el riesgo de contraer pulmonía o sufrir un accidente automovilístico. La economía tiene una teoría de la asunción eficiente del riesgo. Para aplicarla al derecho de los contratos, supongamos que los costos de transacción impiden la negociación para asignar un riesgo entre los individuos que lo afectan. Supongamos que un individuo

puede eliminar el riesgo a un costo menor que cualquier otro o que cualquier combinación de individuos. O, para ser más precisos, supongamos que la eficiencia requiere que un solo individuo emprenda acciones contra los daños accidentales (precaución unilateral). Luego, hace responsable a la persona que pueda asumir el riesgo al costo menor. Si la doctrina de la imposibilidad en el derecho de los contratos fuese eficiente, bajo los supuestos anteriores, *asignaría la responsabilidad a la parte que pueda asumir el riesgo de la imposibilidad del cumplimiento al costo menor*.

Varios factores determinan quién puede asumir el riesgo al costo menor. Primero, los individuos a menudo pueden tomar medidas para reducir la probabilidad de una imposibilidad del cumplimiento o para disminuir las pérdidas derivadas del incumplimiento. Por ejemplo, un pintor anciano y enfermo podría demorar otros trabajos a fin de completar el retrato encargado. El propietario del barco podría alertar al consumidor de la necesidad de buscar otros proveedores en caso de que la guerra haga que el gobierno requise sus barcos. El dueño de la fábrica podría instalar un sistema de rociado para reducir el daño causado por el incendio. Estas consideraciones sugieren que debería asignarse un riesgo a la parte que pueda tomar precauciones para reducirlo al costo menor.

Segundo, aunque nadie pueda tomar precauciones para reducir el riesgo, por lo general alguien puede dispersarlo. Por ejemplo, supongamos que un terremoto impide que un vendedor entregue sus mercancías a tiempo. Nadie puede prevenir los terremotos, pero los individuos pueden asegurarse contra ellos. Las compañías de seguros se especializan en la dispersión del riesgo. Aun sin contar con un seguro, un individuo podría dispersar el riesgo por otros medios. Por ejemplo, los inversionistas de una fábrica sujeta al peligro de los terremotos pueden dispersar el riesgo comprando acciones de compañías ubicadas en localidades diferentes ("diversificación de la cartera"). Asumir el riesgo es más barato cuando el riesgo se dispersa en lugar de concentrarse. Estas consideraciones sugieren que el riesgo debería asignarse a la parte que pueda dispersarlo al costo menor, por el aseguramiento o por otros medios.

La capacidad de una persona para reducir y dispersar el riesgo determina su costo de asumir el riesgo. La eficiencia requiere la asignación del riesgo a la persona que pueda asumirlo al costo menor. Por lo tanto, la eficiencia requiere que la doctrina de la imposibilidad se interprete como sigue: *si una contingencia imposibilita el cumplimiento, asígnese la responsabilidad a la parte que podría reducir o dispersar el riesgo al costo menor*.

El concepto de "quien asume el riesgo al costo menor" provee una clara interpretación de la doctrina de la imposibilidad en muchos casos difíciles. Para ilustrar, consideremos dos versiones del ejemplo del barco requisado. En la primera versión, la compañía naviera tiene un acceso a la transportación alternativa más fácil que el propietario de bienes civiles. En consecuencia, la compañía naviera puede asumir el riesgo de que su barco sea requisado a un

costo menor que el del propietario de bienes civiles, de modo que la compañía naviera debería ser responsable del incumplimiento del contrato. En la segunda versión, el propietario de bienes civiles tiene un acceso más fácil a la transportación alternativa que la compañía naviera. En consecuencia, el propietario de bienes civiles puede asumir el riesgo de la requisa a un costo menor que la compañía naviera, de modo que debería excusarse a esta última por el incumplimiento del contrato. (Para apreciar la mejora lograda por el análisis económico, trate de distinguir estas dos versiones del caso del barco requisado utilizando la teoría del "supuesto básico" de la doctrina del contrato tradicional.)

Se aplica un análisis similar a los otros ejemplos. El pintor de retratos puede asumir el riesgo del incumplimiento al costo menor si puede reordenar fácilmente su agenda para pintar primero los retratos encargados, mientras que la persona que ordenó el retrato puede asumir el riesgo del incumplimiento de contrato al costo menor si puede obtener fácilmente un retrato de otro artista de igual talento. El propietario de la fábrica puede asumir el riesgo del incendio al costo menor si puede comprar fácilmente un seguro contra incendios cuya cobertura incluya la responsabilidad por no entregar las mercancías, mientras que el cliente puede asumir el riesgo al costo menor si puede obtener fácilmente bienes sustitutos de otra fábrica.

La interpretación de la doctrina de la imposibilidad para asignar la responsabilidad a quien asuma el riesgo al costo menor minimiza el costo de los riesgos remotos. La minimización del costo de los riesgos remotos maximiza el excedente derivado del contrato, mismo que las partes podrán repartirse. Ambas partes ganarán con la interpretación económica de la doctrina de la imposibilidad. Suponemos que, si las partes hubiesen asignado explícitamente el riesgo, lo hubieran asignado a la parte que puede asumirlo al costo menor. Por lo tanto, el principio económico puede defenderse como una reconstrucción racional de la voluntad de las partes. Además, el principio económico, aplicado como una regla de omisión, ayuda a las partes futuras a reducir sus costos de formación de contratos o las alerta para que asignen la responsabilidad de un modo diferente al de la regla de la omisión, si así lo prefieren. (Sin embargo, adviértase que la identificación de quien puede evitar los riesgos al costo menor se vuelve difícil cuando el promitente y el receptor de la promesa deben tomar precauciones.[39])

PREGUNTA IX.27

El rayo es un "acto de Dios". Describa algunos de sus efectos de incentivo sobre las personas.

PREGUNTA IX.28

En el caso famoso de Taylor *vs.* Caldwell, 3 B. & S. 826, 122 Eng. Rep. 309 (K. B. 1863), el demandante, Taylor, había rentado la sala de conciertos del demandado por cuatro noches a 100 libras esterlinas, que se pagarían a Caldwell después de cada función. Poco después de la primera función, la sala de conciertos fue destruida por un incendio. Taylor demandó a Caldwell por

incumplimiento de contrato y pidió al tribunal que le otorgara como pago de los daños los gastos en que había incurrido para preparar las últimas tres funciones. El demandado pidió que se le excusara del cumplimiento alegando que le resultó literalmente imposible cumplir el contrato tras el incendio.

a) ¿Qué factores permiten que una parte prevenga un riesgo mejor que otra?
b) ¿Qué factores permiten que una parte se asegure contra un riesgo mejor que otra?
c) ¿Tienden estos factores a convergir o a divergir, o es su asociación meramente una coincidencia?
d) ¿Cómo fallaría usted este caso, de acuerdo con el análisis económico?

PREGUNTA IX.29

A mediados del decenio de 1970, Westinghouse Corporation persuadió a algunas compañías eléctricas para que compraran reactores nucleares, y la Westinghouse aceptó proveer a los compradores de uranio a un precio fijo de $8-10 por libra. Para mediados de 1975, Westinghouse tenía compromisos para proveer 40 000 toneladas de uranio que excedían sus inventarios o sus contratos de futuros, en un momento en que el precio de mercado del uranio había aumentado a más de $30 por libra. A fin de cubrir su déficit, Westinghouse habría incurrido en pérdidas cercanas a $2 000 millones, lo que la habría conducido a la quiebra. En septiembre de 1975, la compañía anunció que no cumpliría sus contratos. Trató de ser excusada alegando que el cumplimiento era económicamente imposible ("una imposibilidad comercial"). La mayoría de las compañías eléctricas demandaron a Westinghouse. ¿Qué consideraciones cree usted que debieron utilizar los tribunales para determinar si se excusaba a Westinghouse de la provisión del uranio?[40]

4. *Frustración del propósito*

Habiendo discutido una contingencia que impide el cumplimiento, consideremos ahora una contingencia que destruye el propósito de un contrato. Por ejemplo, un desfile de coronación en Londres estaba planeado para junio de 1902. Muchos dueños de inmuebles ubicados a lo largo de la ruta del desfile rentaron habitaciones para ese día a las personas que deseaban observar la ceremonia. Cuando la enfermedad del rey obligó a posponer el desfile, muchas personas se negaron a pagar la renta, y algunos propietarios demandaron el cumplimiento de los contratos. Los tribunales sostuvieron que los contratos no eran legalmente exigibles porque su propósito había sido destruido cuando se pospuso la ceremonia.[41]

Como vimos antes, la doctrina de la imposibilidad provee una regla de omisión para asignar las pérdidas causadas por las contingencias remotas que imposibiliten el cumplimiento. De igual forma, la doctrina de la frustración provee una regla de omisión para asignar las pérdidas causadas por las contingencias que vuelven inútil el cumplimiento. El cumplimiento inútil no

sirve al propósito que indujo a las partes a celebrar el contrato. Por ejemplo, el desfile de coronación programado indujo a las partes a celebrar un contrato para presenciarlo. La eficiencia requiere que se asigne el riesgo a la parte que pueda asumirlo al costo menor. Por lo tanto, la eficiencia requiere que se interprete la doctrina de la frustración del propósito como sigue: *si una contingencia vuelve inútil el cumplimiento, se asigna la responsabilidad a la parte que pueda asumir el riesgo al costo menor*.

Como vimos antes, la capacidad de una persona para reducir y dispersar el riesgo determina su costo de asumir el riesgo. Volviendo a nuestro ejemplo, los propietarios que rentaron habitaciones podrían haber eliminado por completo sus pérdidas causadas por la posposición del desfile de coronación, rentando las habitaciones por segunda vez para el desfile reprogramado. Es probable que asumir el riesgo de la posposición no les costara nada a los propietarios. Alternativamente, los individuos que rentaron las habitaciones para presenciar el desfile enfrentan el riesgo de tener que pagar la renta dos veces. Aparentemente, la eficiencia requiere que se asigne el riesgo de la posposición a los propietarios, no a los arrendatarios de los cuartos.

PREGUNTA IX.30

Dividimos las doctrinas del derecho de los contratos en las reglas de omisión que subsanan las lagunas y las regulaciones que restringen las promesas. Clasifique las doctrinas siguientes como reglas de omisión o como regulaciones: incompetencia, coacción, necesidad, imposibilidad y frustración del propósito.

5. *Error mutuo acerca de los hechos*

Hemos examinado una contingencia que ocurre después de que las partes firman el contrato y vuelven inútil el cumplimiento. Otra posibilidad es que la contingencia ocurra antes de que las partes firmen el contrato, sin que ellas lo sepan. Por ejemplo, supongamos que el comprador contrata la compra de un terreno maderero con el vendedor. El vendedor y el comprador creen que la tierra tiene madera, pero en realidad un incendio forestal la ha destruido. Las partes han cometido un error mutuo acerca de un hecho fundamental referente al objeto de la venta.

Al analizar la frustración del propósito, propusimos el principio siguiente: *si una contingencia vuelve inútil el cumplimiento, se asigna la responsabilidad a la parte que podría asumir el riesgo al costo menor*. En tales casos la ley debería asignar la responsabilidad a la parte que pueda tomar precauciones para prevenir la contingencia al costo menor, o a la parte que pueda asegurarse contra la contingencia al costo menor. Se aplica el mismo principio a un error mutuo referente a un hecho fundamental acerca del objeto de la venta. Por ejemplo, si el vendedor puede prevenir los incendios forestales o asegurarse contra ellos a un costo menor que el comprador, el vendedor debería estar legalmente

incapacitado para hacer cumplir el contrato por la venta de la madera en contra del comprador. El propietario en el momento del accidente es por lo general quien puede evitarlo al costo menor.

6. *Error mutuo acerca de la identidad*

Pasemos ahora de los errores mutuos acerca de los hechos a los errores mutuos acerca de la identidad. Ocurre un error mutuo acerca de la identidad cuando el comprador y el vendedor tienen en mente objetos diferentes, de modo que "sus mentes no se encuentran". Recordemos el ejemplo del Chevy abandonado, en el que el vendedor y el comprador se pusieron de acuerdo sobre un precio de $1 000 por un automóvil, pero el vendedor intentaba vender un Chevy abandonado y el comprador trataba comprar un reluciente Cadillac. En este ejemplo, el comprador estaba equivocado acerca de lo que el vendedor se proponía venderle, y el vendedor, a su vez, estaba equivocado acerca de lo que el comprador se proponía comprar.

Cuando las partes cometen un error mutuo acerca de la identidad, no hay un verdadero acuerdo para el intercambio. Si los tribunales forzaran un intercambio, éste sería involuntario, lo cual puede destruir el valor en lugar de crearlo. El intercambio involuntario destruye valor al transferir la propiedad de alguien que valúa más el bien a alguien que lo valúa menos. Por ejemplo, el comprador podría valuar el reluciente Cadillac en $2 000, y el vendedor podría valuarlo en $2 500. La transferencia forzada de la propiedad del Cadillac destruye $500 ("excedente negativo"). Descartando los contratos basados en el error mutuo, los tribunales impiden la destrucción de valor por el intercambio involuntario. Proponemos este principio: *el contrato es nulo si las partes razonables no lograron un acuerdo acerca de la identidad del cumplimiento ofrecido y aceptado*.

PREGUNTA IX.31

En Raffles *vs*. Wichelhaus, 2 Hurl. & C. 906, 159 Eng. Rep. 375 (Ex. 1864), el demandante vendió a los demandados 125 pacas de algodón para entregar "ex Peerless desde Bombay", es decir, por medio del barco Peerless que zarparía de Bombay, India. Un barco con ese nombre zarpó de la India en diciembre, pero cuando llegó los demandados se negaron a recibir el algodón alegando que ellos se habían referido a otro barco llamado Peerless que había zarpado de Bombay en octubre. El Tribunal de la Tesorería falló en favor de los demandados arguyendo que no había habido encuentro de las mentes. ¿Cómo analizaría usted este caso?

C. *Información*

Hemos venido analizando las doctrinas contractuales que asignan el riesgo. Consideraremos ahora las doctrinas de los contratos que asignan la información. Las doctrinas que asignan la información son diferentes de las doctrinas que

asignan otros bienes económicos. La diferencia de las doctrinas proviene de los bienes mismos. La información se descubre y se transmite, mientras que la mayoría de los demás bienes se fabrican y se consumen. Al revés de lo que ocurre con los fabricantes de bienes, los descubridores de información tienen dificultades para apropiarse de su valor, lo que genera la necesidad de las patentes. Al contrario de lo que ocurre con el consumo de mercancías, el uso de la información no disminuye la cantidad restante para otros consumidores. En consecuencia, la información puede transmitirse a muchas personas sin disminución. Estos hechos vuelven a la información diferente de la mayoría de los demás bienes. (Recuérdese el análisis de los bienes públicos en la sección del capítulo V que se ocupó de la economía de la información.)

¿Qué problemas especiales existen para definir los derechos de propiedad y establecer los mercados de información? Todos los individuos que tienen un televisor o una computadora compran información, pero la información difiere de otros bienes como las naranjas o las navajas de rasurar. Los compradores no pueden determinar el valor de la información hasta que la tienen, y el hecho de tenerla destruye su deseo de pagar por ella. Por ejemplo, un banquero recibió recientemente una carta que decía: "Si me paga $1 000 000, le diré cómo puede su banco ganar $2 000 000". Esta carta ilustra un problema generalizado en los programas de cómputo: las compañías pequeñas inventan a menudo programas que sólo pueden vender en el mercado las compañías grandes. Para evaluar el valor del producto, un comprador grande como Microsoft debe entender cómo funciona. Pero después de saber cómo funciona el producto, la compañía grande podría producir su propia versión en lugar de pagar regalías a la compañía pequeña.

Explicaremos ahora cómo contribuyen las doctrinas de los contratos al descubrimiento y la transmisión eficientes de la información. Los economistas dicen que la información pública (o común) es conocida por las dos partes de una negociación, mientras que la información privada (o asimétrica) es conocida por una de las partes y desconocida por la otra. La información privada motiva a menudo el intercambio. Por ejemplo, supongamos que alguien sabe cómo obtener más producción de un recurso que su propietario. Para aumentar la producción, el conocimiento debe unirse al control. Para unir el conocimiento al control, el propietario del recurso debe adquirir la información, o la persona informada debe adquirir la propiedad del recurso. En general, la transmisión de información y la venta de bienes unen el conocimiento y el control de los recursos. *La eficiencia requiere que se una el conocimiento al control de los recursos al costo menor, incluidos los costos de transacción de la transmisión de la información y la venta de bienes.*

Por lo general, las partes pueden resolver el problema de la información privada mediante la negociación privada. Por ejemplo, la parte informada puede ofrecerse a comprar el recurso y pagar más de lo que el propietario desinformado

podría ganar con su uso. O la parte informada podría ofrecerse a compartir la información con el propietario desinformado del recurso a cambio de una porción del incremento resultante de los beneficios. La negociación privada generalmente resuelve el problema de la información asimétrica mucho mejor que cualquier otra alternativa, como el hecho de dejar que el Estado dicte una solución. En consecuencia, por lo común, la ley hace cumplir los contratos basados en una información asimétrica.

Pero en lugar de unir el conocimiento y el control, algunos contratos los separan. La separación del conocimiento y el control reduce la eficiencia en el uso de los recursos. Los contratos que separan el conocimiento y el control deberían suprimirse en aras de la eficiencia. En las siguientes secciones analizaremos tres de tales doctrinas: el error, el ocultamiento de información y el fraude.

1. *Error unilateral*

En general, las dos partes de una negociación saben algo que la otra parte ignora. A veces, una de las partes sabe que la otra parte tiene una creencia errada. Por ejemplo, el vendedor de un automóvil puede creer que éste es simplemente viejo, mientras que el comprador puede saber que se trata de una reliquia. Mientras que el vendedor está equivocado acerca del valor del automóvil, el comprador no lo está, de modo que el error es unilateral. Cuando una de las partes de una negociación sabe la verdad y la otra parte no la sabe, el intercambio se basará en un "error unilateral", según el lenguaje legal. Los tribunales, por lo común, hacen cumplir los contratos basados en los errores unilaterales. Por ejemplo, si el propietario promete vender un automóvil clásico por menos que su valor de mercado, en general la ley lo obligará a cumplir su promesa. De hecho, en el mercado de valores los intercambios se producen cuando una de las partes cree que el precio de las acciones de una compañía aumentará y el otro cree que el precio caerá. Uno de ellos está equivocado (unilateralmente).

Cuando el comprador adquiere el automóvil clásico de este ejemplo, se unen el conocimiento y el control, lo que típicamente aumenta la eficiencia. Por ejemplo, es probable que el comprador cuide más el automóvil porque conoce su valor. El contrato también aumenta la eficiencia en otra forma. El descubrimiento de información a menudo requiere la inversión de tiempo y recursos, lo que exige una recompensa. En este ejemplo, es posible que el comprador haya buscado durante largo tiempo y con gran ahínco un vendedor que ignore que es propietario de un automóvil clásico. El beneficio derivado de la compra de un automóvil clásico a un precio bajo recompensa al comprador por su búsqueda.

Explicamos antes que un error mutuo acerca de los hechos o de la identidad es una defensa de formación válida en el derecho común, mientras que el error unilateral no lo es. En consecuencia, la parte que pide el cumplimiento de un

contrato podría decir que el error fue unilateral, mientras que la parte que pide la anulación de un contrato podría decir que el error fue mutuo.[42] La eficiencia económica provee un criterio para establecer una distinción. El error mutuo convierte un contrato en un intercambio involuntario, lo que puede destruir valor. En cambio, un contrato basado en un error unilateral promueve en general la eficiencia recompensando el descubrimiento y uniendo el conocimiento al control. Proponemos el principio siguiente para mejorar la distinción legal que se encuentra detrás de las doctrinas del error unilateral y el error mutuo: *niéguese el cumplimiento forzoso de los contratos que impliquen un intercambio involuntario, y hágase cumplir los contratos que recompensen el descubrimiento y unan el conocimiento al control.*

Aplicamos este principio al famoso caso de Laidlaw *vs*. Organ, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1815). Durante la Guerra de 1812 entre Gran Bretaña y los Estados Unidos, los británicos bloquearon Nueva Orleans, lo que deprimió el precio de bienes de exportación, tales como el tabaco. Organ, un comprador de tabaco, recibió información privada acerca de que la guerra había concluido mediante un tratado, de modo que llamó a un representante de la firma Laidlaw y ofreció comprar tabaco. El representante de la firma Laidlaw ignoraba lo del tratado de paz, de modo que celebraron un contrato al precio deprimido. Al día siguiente se supo en Nueva Orleans que se había convenido la paz y el precio del tabaco se disparó. El error de este contrato era obviamente unilateral, no mutuo: Organ sabía lo del tratado y Laidlaw lo ignoraba. Aun así, el contrato fue aparentemente descartado por el tribunal después de un juicio.[43]

Este resultado puede defenderse con argumentos económicos. De acuerdo con el principio anterior, el contrato debería hacerse cumplir si así se recompensa el descubrimiento y se une el conocimiento al control. Las pruebas sugieren que Organ descubrió fortuitamente que se había firmado la paz, en lugar de invertir tiempo y recursos en el descubrimiento. Además, el contrato sólo aceleró en un día la unificación del conocimiento y el control, lo que no contribuyó a la producción de tabaco. Por lo tanto, es probable que el cumplimiento forzoso del contrato no haya aumentado la eficiencia.

Para precisar este análisis, distingamos entre la información productiva y la información redistributiva. La información productiva puede usarse para producir más riqueza. Es la información que permite trasladar los recursos existentes a usos más productivos (como ocurre con la información de que la tierra agrícola contiene recursos minerales valiosos) o que descubre métodos nuevos de organización de los recursos para usos más productivos (como ocurre con los métodos de contabilidad por partida doble). Por ejemplo, el descubrimiento de una vacuna para la polio y el descubrimiento de una ruta acuática entre Europa y China fueron productivos. La eficiencia demanda que se den fuertes incentivos a los individuos para descubrir hechos productivos. La transmisión de la información es tan fácil que la persona que descubre

información productiva raras veces captura todo su valor. En consecuencia, el Estado debe tomar medidas especiales para recompensar a los individuos que descubren información productiva. Por ejemplo, el Estado debe subsidiar la investigación científica básica y dotar de patentes a los inventores.

En cambio, la información redistributiva crea una ventaja de negociación que puede usarse para redistribuir la riqueza en favor de la parte informada. Por ejemplo, el hecho de saber antes que nadie dónde construirá el Estado una nueva carretera genera una ventaja poderosa en los mercados inmobiliarios. La inversión en el descubrimiento de información redistributiva desperdicia recursos. Adicionalmente, esta inversión en información redistributiva induce gastos defensivos por parte de quienes tratan de proteger su riqueza contra individuos mejor informados. Los gastos defensivos impiden la redistribución, en lugar de producir algo. Por lo tanto, la inversión en información redistributiva desperdicia recursos de manera directa e indirecta.

El Estado no debe crear incentivos para el descubrimiento de información redistributiva. Más bien, debería desalentar la inversión en el descubrimiento de información redistributiva. Por ejemplo, el Estado debería castigar a los funcionarios que filtran información acerca de la ubicación de una nueva carretera antes de su anuncio público. Tales filtraciones alientan a los agentes inmobiliarios a destinar recursos a la obtención de información privilegiada de manos de los funcionarios.

Para precisar más aún esta complicada cuestión, distingamos también los métodos por medio de los cuales las personas adquieren información. Podemos adquirir información activamente (es decir, invirtiendo recursos en la adquisición de información) o fortuitamente (es decir, por casualidad). Como explicamos con cierta extensión en el capítulo V, hay un fuerte interés social en estimular la inversión de recursos en la adquisición de información valiosa, información productiva. Recordemos que ésa es la premisa en la que se basa el derecho de la propiedad intelectual. Lo fortuito es diferente, y no hay nada que la sociedad gane de las ocurrencias más o menos fortuitas.

Podemos reunir todas nuestras inquietudes acerca de la naturaleza de la información (si es productiva o redistributiva) y acerca del método por el que se adquiere (mediante la inversión activa o por casualidad) a fin de formular una propuesta acerca del aliento al intercambio y el uso eficiente de la información en los contratos. Consideremos la disposición de dos por dos que aparece en el cuadro IX.5.

CUADRO IX.5. *Información en los contratos*

		Método por medio del cual se adquirió la información	
		Adquirida por medio de la inversión	*Adquirida fortuitamente*
Naturaleza de la información	*Productiva*	Cumplimiento	Incumplimiento
	Redistributiva	Incumplimiento	Incumplimiento

Adviértase que la única combinación de la naturaleza de la información y el método por medio del que se adquirió para la que hay un sólido argumento de eficiencia en favor del estímulo es la que ocupa la esquina superior izquierda del cuadro IX.5: la información productiva que resulta de una inversión activa en recursos. No hay ninguna justificación de eficiencia para el estímulo de ninguna de las otras combinaciones del cuadro. En efecto, podemos ir más allá y afirmar que existe probablemente un argumento en favor de desalentar activamente la inversión de recursos en la adquisición de información redistributiva, tal como la inversión en espionaje, o en el establecimiento de conexiones personales con individuos poderosos para ser el primero en descubrir las rutas de la nueva carretera.

Estas consideraciones nos conducen a otra formulación del principio económico para mejorar la distinción legal que se encuentra detrás de las doctrinas del error unilateral y el error mutuo: *los contratos basados en el conocimiento de información productiva que tiene una de las partes (especialmente si ese conocimiento se debió a una inversión activa) deben hacerse cumplir, mientras que los contratos basados en el conocimiento de una de las partes acerca de información puramente redistributiva o de información adquirida de manera fortuita no deben hacerse cumplir*. Este principio re compensa la inversión hecha en el descubrimiento de información productiva y desalienta la inversión en el descubrimiento de información redistributiva.[44]

En nuestro análisis de la economía de la información en el capítulo V, explicamos que la mayor parte de la información es a la vez productiva y redistributiva, o sea, lo que podríamos llamar una información "mixta". Por ejemplo, el invento de la desmotadora de algodón en 1792, por Eli Whitney, aumentó la producción de algodón y promovió la especulación en el mercado de las tierras propicias para el cultivo del algodón. El ejemplo del comprador informado que compró un automóvil clásico a un vendedor desinformado ilustra también la información mixta, es decir, la información que es a la vez productiva y redistributiva. La información era productiva porque el comprador informado sabía que el automóvil merecía un cuidado especial. La información era redistributiva porque la ganancia obtenida por el comprador informado al adquirir el automóvil superaba probablemente al aumento de valor derivado del

cuidado especial. Dijimos que las negociaciones privadas suelen recompensar el descubrimiento y unir el conocimiento al control. En consecuencia, la mayoría de las negociaciones basadas en las diferencias de información que afectan a la producción y la distribución deberían hacerse cumplir. En otras palabras, la mayoría de las negociaciones basadas en una información mixta deberían hacerse cumplir.

Hemos establecido tres principios económicos para guiar el análisis de los casos contractuales en que se haga valer la defensa de formación del error:

1. hacer cumplir los contratos basados en diferencias de la información productiva, especialmente si tal información se ha adquirido por medio de una inversión;
2. hacer cumplir la mayoría de los contratos basados en diferencias de la información mixta (productiva y redistributiva), y
3. descartar los contratos basados en diferencias de la información puramente redistributiva, o si la información se adquirió de manera fortuita.

Estos principios normativos aclaran el principio que se encuentra detrás de las doctrinas legales del error mutuo y el error unilateral.

PREGUNTA IX.32

Consideremos el caso de Laidlaw *vs.* Organ. Enumere las formas en que la información de Organ podría ser productiva. Explique cómo podría ser redistributiva la información de Organ. ¿Qué concluye usted acerca de que la eficiencia requiera o no el cumplimiento forzoso del contrato?

PREGUNTA IX.33

Gran número de casos se refieren a una disputa acerca de que un error sea mutuo o unilateral en lo tocante a la calidad del objeto o a su valor. En un caso famoso, Sherwood *vs.* Walker; 66 Mich. 568, 33 N.W. 919 (Mich. 1887), el vendedor (Walker) prometió entregar una vaca al comprador (Sherwood). El vendedor, quien aparentemente creía que la vaca era estéril, supo antes de la entrega que la vaca estaba preñada. Una vaca preñada vale mucho más que una vaca estéril. El vendedor se negó a entregar la vaca al comprador como lo había prometido. Sostuvo que el contrato se había basado en el error mutuo de que la vaca era estéril. El comprador negó que él hubiera cometido tal error.

a) El conocimiento de que una vaca es fértil, en lugar de estéril, es productivo, antes que meramente redistributivo. ¿Por qué?
b) Supongamos que la ley imponía a Sherwood (el comprador demandante) la obligación de revelar a Walker (el vendedor demandado) cualquier información de que la vaca era fértil. ¿Habría alguna objeción para tal obligación en razón de la eficiencia?
c) ¿Importaría en este caso que Walker fuese un ganadero profesional, mientras que Sherwood era un banquero?

2. *Obligación de revelar información*

En la sección anterior analizamos la información productiva y la redistributiva. Consideremos ahora otra clase de información. La información de seguridad ayuda a las personas a evitar daños. Por ejemplo, la información de seguridad de un aparato eléctrico ayuda a los consumidores a evitar los incendios. En cambio, la ausencia de información de seguridad aumenta la probabilidad y la magnitud de los accidentes.

La ley trata la información de seguridad y la información productiva y redistributiva de modo diferente. Como se explicó antes, a menudo los contratos son motivados por una diferencia de información entre las partes. Generalmente, la ley no requiere que una persona informada revele información productiva o redistributiva a las personas desinformadas. Sin embargo, por lo general, la ley requiere que las personas informadas revelen información de seguridad a las personas desinformadas. Por ejemplo, los fabricantes deben ofrecer información de seguridad acerca de sus productos o asumir la responsabilidad cuando ocurren accidentes. La ley regulatoria impone la mayoría de las obligaciones de revelar información de seguridad. En esta sección examinaremos la obligación de revelar información que impone el derecho de los contratos.

El caso de Obde *vs*. Schlemeyer, 56 Wash.2d 449, 353 P.2d 672 (1960), provee un ejemplo de la obligación de revelar información establecida por el derecho común. En este caso, el vendedor de un edificio sabía que estaba infestado de termitas. El vendedor ocultó deliberadamente al comprador la información sobre éstas. El vendedor no mintió al comprador, quien jamás preguntó por las termitas. Poco después de la venta, el comprador descubrió la infestación de termitas y demandó al vendedor.[45]

A fin de minimizar los daños causados por las termitas, estos insectos debieron haber sido exterminados en cuanto se descubrieron. Al dejar de revelar la infestación, el vendedor dio a las termitas la oportunidad para causar una destrucción mayor. El tribunal se apartó de la tradición en el caso de Obde e impuso una obligación de revelar la información.[46] Al imponer una obligación de revelar la información, el tribunal evitó los daños futuros causados por la falta de revelación de información de seguridad, y se disminuyó la necesidad de que los futuros compradores se preocuparan o realizaran gastos defensivos contra esta clase de ocultamiento por parte de los vendedores.

El vendedor conocía la infestación de termitas y el comprador no. Por lo tanto, la venta de la casa infestada de termitas separa el conocimiento del control. Un contrato separa el conocimiento del control cuando el vendedor oculta una información que el comprador necesita para impedir la destrucción del bien. Explicamos antes que el derecho de los contratos trata de unir el conocimiento y el control. Por lo tanto, los contratos basados en la ausencia de revelación de información de seguridad menoscaban uno de los propósitos del derecho de los

contratos. Estas consideraciones sugieren un cuarto principio económico para los casos contractuales que involucran a la información: *Cuando se negocia un contrato, las partes deben divulgar la información de seguridad.*

PREGUNTA IX.34

Supongamos que un vendedor no se ha molestado en investigar si su casa tiene termitas, de modo que no lo sabe. Cuando un comprador le pregunta si tiene termitas, el vendedor responde: "Supongo que no". En razón de la eficiencia, ¿bastaría esta declaración para anular el contrato?

PREGUNTA IX.35

El profesor Schmidt, un geólogo, ha aceptado comprar la granja de McDonald por un precio de $2 000 la hectárea, que corresponde al precio de la tierra agrícola de buena calidad en la vecindad. Sin embargo, Schmidt, basado en sus propios estudios geológicos, está convencido de que la granja de McDonald contiene valiosos depósitos minerales, lo que hace que la propiedad valga $25 000 por hectárea. McDonald descubre el verdadero motivo de Schmidt antes de que éste tome posesión, y entonces se niega a entregar la propiedad. Schmidt demanda por incumplimiento de contrato. McDonald se defiende alegando que Schmidt estaba obligado a revelar los resultados de sus estudios. De acuerdo con nuestros principios económicos, ¿quién debe ganar?

3. *Fraude y engaño*

El vendedor de Obde *vs*. Schlemeyer ocultó la información de seguridad, pero no dijo que la propiedad estuviese libre de termitas. Si el vendedor de Obde hubiese afirmado que efectivamente la propiedad estaba libre de termitas, tal afirmación habría sido fraudulenta. En el derecho común, el fraude requiere una mentira: una afirmación falsa hecha con la intención de engañar. De acuerdo con la doctrina tradicional del derecho común, la víctima del fraude tiene derecho al pago de los daños causados por el fraude.

Es clara la razón económica para no hacer cumplir una promesa obtenida mediante el fraude. Si las partes de un contrato saben que el fraude es una causa para la anulación del acuerdo, podrán confiar en la verdad de la información revelada en la negociación del contrato. Esto ahorra a las partes los costos de verificar las afirmaciones principales. A su vez, esto último reduce los costos de celebrar acuerdos cooperativos, lo que promueve una de las metas económicas del derecho de los contratos.

Muchas afirmaciones engañosas se encuentran entre el fraude y el ocultamiento de la información y estos casos causan la mayoría de las disputas. En los Estados Unidos, los tribunales y las legislaturas han ampliado recientemente las circunstancias en que un contrato puede ser anulado por ocultamiento de información. Por ejemplo, los prestamistas ahora están legalmente obligados a divulgar la tasa de interés porcentual anual sobre todos los préstamos para consumo. En muchos estados, los vendedores de

automóviles usados están obligados a revelar todas las reparaciones importantes que se le hayan hecho a sus automóviles. En la mayoría de los estados, los vendedores de casas están obligados a revelar los defectos latentes, tales como la debilidad de los cimientos. Los productores de alimentos deben listar los ingredientes. Los fabricantes de algunos aparatos deben notificar a los consumidores el gasto de energía de los aparatos. Al igual que las reglas tradicionales del derecho común sobre el fraude, estas regulaciones tratan de mejorar el intercambio de información en contratos privados. La aplicación de estas regulaciones puede ser costosa. En consecuencia, la legislación que procura evitar los abusos puede terminar costando a los consumidores más que el daño que sufren en ausencia de la regulación.

PREGUNTA IX.36

Supongamos que el vendedor está muy apegado a su casa y desea venderla sólo a alguien que mantendrá la propiedad como una vivienda unifamiliar. Un comprador potencial dice que él también desea usar la propiedad como una vivienda unifamiliar. La venta se concluye y el vendedor entrega la casa. Pero pocos días más tarde se entera de que el comprador se propuso en todo momento demoler la casa para abrir un establecimiento comercial. ¿La eficiencia recomienda que se obligue al cumplimiento del contrato o que se rescinda?

4. *Promesas vagas o imprecisas*

A menudo, los individuos hacen promesas informales que no quieren que la ley les obligue a cumplir. Los individuos también celebran contratos formales que contienen un lenguaje indefinido que los tribunales no saben cómo hacer cumplir. Por lo tanto, una persona puede prometer hacer su "mejor esfuerzo" para lograr algún fin a favor de otra persona, o hacer un "esfuerzo razonable" o negociar "de buena fe". Las partes reconocen que los tribunales no pueden interpretar estos términos indefinidos de manera precisa, pero el costo de incluirlos es bajo: si son más precisos podrían ser muy costosos.

¿Los tribunales deberían hacer su mejor esfuerzo para dar un significado preciso a estos términos, o deberían rehusarse a hacerlos cumplir? Hemos hecho hincapié en el principio fundamental de que los tribunales deberían obligar el cumplimiento de las promesas cuando las partes querían que fueran exigibles en el momento en que se hizo la promesa. Del mismo modo, los tribunales deberían hacer cumplir los términos vagos en los contratos en la medida en que las partes querían que fueran exigibles cuando se hicieron.

Para los tribunales, el problema es determinar lo que las partes querían en realidad. Anteriormente analizamos las "reglas de castigo de omisión" que obligan a una parte a revelar información a la otra parte en una transacción. Del mismo modo, los tribunales castigan a las partes por incluir términos sumamente vagos en los contratos rehusándose a obligar su cumplimiento. La doctrina del derecho común permite que los tribunales rechacen los términos

vagos en los contratos aplicando el principio de "vaguedad" o "nulo por vaguedad" —el principio de que los tribunales no obligarán el cumplimiento de un término incluido en un contrato si éste es demasiado impreciso o vago—. Al aplicar esta doctrina y dejar que el incumplimiento de promesas informales se solucione a través de remedios informales, los tribunales crean incentivos para que las partes sean más precisas.

Sin embargo, cuando se forma el contrato, a menudo las partes quieren términos vagos que sean exigibles por los tribunales de la mejor manera. Con frecuencia, las partes no pueden prever futuras contingencias lo suficientemente bien como para describirlas explícitamente en el contrato. Por lo tanto, la mayoría de los proyectos empresariales pueden fallar por tantas razones que nadie podría enumerarlas todas de antemano. Cuando las partes no pueden ser precisas de manera *ex ante*, es posible que quieran que los tribunales apliquen principios vagos de manera *ex post*. Si nadie puede decir de antemano qué es exactamente lo que constituiría el "mejor esfuerzo" en la gestión de un activo comercial, las partes pueden desear que el tribunal lo decida después de los hechos. Aunque es probable que el tribunal no pueda distinguir el "mejor esfuerzo" del "segundo mejor esfuerzo", es probable que si pueda distinguir el "mejor esfuerzo" del "mínimo esfuerzo". Del mismo modo, si las partes no pueden señalar de antemano todas las circunstancias que requerirían la modificación del contrato, pueden prever una probable necesidad de modificación. Como resultado, las partes pueden especificar en el contrato que deben renegociar "de buena fe". Aunque el tribunal no pueda distinguir la "buena fe" de la "muy buena fe", si podría ser capaz de distinguirlas de la "mala fe". La disposición de la "buena fe" puede hacer que el tribunal anule la carga de la prueba. Por lo tanto, una parte que tiene la obligación de negociar de buena fe puede tener la carga de probar que tenía una buena razón para poner fin a las negociaciones.

En general, los tribunales pueden rehusarse a hacer valer los términos imprecisos en los contratos, hacer valer los términos de manera aproximada o pueden usar términos vagos para cambiar las suposiciones y los procedimientos. En estos casos, para tomar buenas decisiones es necesario que los tribunales entiendan en su totalidad el objetivo del contrato. El entendimiento del objetivo del contrato permite que los tribunales diferencien la medida en que las partes deseaban la exigibilidad de una promesa imprecisa cuando celebraron el contrato. El análisis económico es una herramienta valiosa para que los jueces y los abogados entiendan los fines empresariales de los contratos.[47]

D. *Monopolio*

Antes vimos las restricciones terribles que dejan al promitente sin elección. Una situación menos extrema ocurre cuando un monopolista controla un producto

valuado por muchas personas. En términos estrictos, *un monopolista es el único vendedor de un producto que no tiene sustitutos cercanos*. Un monopolista puede dictar el precio y todos los términos del contrato ofrecido a muchos compradores. El comprador debe responder aceptando la oferta del monopolista o prescindiendo del bien.

El monopolio contrasta con su opuesto exacto, *la competencia perfecta*, donde muchos compradores y vendedores se sustituyen perfectamente entre si. En la competencia perfecta, nadie puede dictar el precio ni los demás términos de los contratos. Nadie tiene poder sobre los términos contractuales porque todo comprador o vendedor a quien disguste una contraparte contractual puede obtener un contrato alternativo con alguien más. La competencia perfecta termina en el monopolio a medida que disminuye la disponibilidad de sustitutos.

Los monopolistas fijan los precios a un nivel demasiado elevado, lo que distorsiona a la economía. Un precio es demasiado elevado cuando excede al costo marginal de la producción del bien. Cuando el precio supera al costo marginal, algunos consumidores que estarían dispuestos a pagar por el bien más que su costo de producción se abstienen de comprarlo. Si la producción de un bien cuesta menos que lo que los individuos estarían dispuestos a pagar por él, la no provisión del bien es ineficiente ("ineficiencia de la asignación"). Además de los precios elevados, el monopolio mina la disposición y el dinamismo de los empresarios ("ineficiencia dinámica"). En consecuencia, los economistas condenan el monopolio por ineficiente.

Los abogados a menudo condenan el monopolio por injusto. En el monopolio, el vendedor se enfrenta a numerosos compradores potenciales, mientras que los compradores se enfrentan a un solo vendedor potencial. Esta asimetría entre el vendedor y el comprador constituye la injusticia del monopolio. En consecuencia, el derecho mira con escepticismo los contratos monopólicos. Explicamos con anterioridad que una restricción terrible puede proveer una defensa o excusa para incumplir una promesa. Analicemos ahora si el monopolio provee una defensa o excusa para el incumplimiento de una promesa.

Según la teoría de la negociación, los tribunales hacen cumplir por la fuerza las promesas negociadas y no se preguntan si los términos son justos. En consecuencia, el derecho común contiene tradicionalmente una protección débil contra los monopolios. La mayoría de las protecciones en contra de los monopolios proviene de los estatutos, no del derecho común. De igual modo, la tradición "mercantilista" de Europa Continental favorece a los monopolios protegidos por el Estado. Los códigos civiles de Europa originalmente proveían escasa protección contra los monopolios. Por ejemplo, las compañías a menudo desean mantener los precios elevados prometiendo no competir entre si. Los acuerdos de no competir permiten que los cárteles impongan precios monopólicos a los compradores. Los tribunales de Inglaterra y de los Estados Unidos se resistían a hacer cumplir los contratos celebrados para la creación de

cárteles del siglo XIX. Sin embargo, el derecho común no hacía nada más que negarse a hacer cumplir los contratos de cárteles. Finalmente, los cárteles fueron proscritos por estatutos antimonopólicos, no por el derecho común.

Además de los contratos para la creación de cárteles, dos doctrinas del derecho común llevan, a veces, a los tribunales a negar validez a los contratos monopólicos. Explicaremos y criticaremos dos doctrinas que proveen excusas para incumplir los contratos monopólicos. Para estas doctrinas, el sano escepticismo de los tribunales acerca del monopolio se combina con la confusión acerca del análisis económico subyacente.

PREGUNTA IX.37

Explique la relación existente entre la disponibilidad de sustitutos y la elasticidad de la demanda de un bien.

PREGUNTA IX.38

Quiero construir un garaje en mi traspatio. La entrada del coche de mi vecino ofrece la única manera práctica de llegar ahí. Ofrezco comprarle el derecho de compartir su camino de entrada. Los economistas describen esta relación entre mi vecino y yo como un "monopolio bilateral". Explique por qué es apropiada esta frase.

1. *Llene una forma: contratos de adhesión*

La mayoría de los contratos escritos utiliza formas estandarizadas. Algunos de los términos de un contrato de forma convencional son fijos; otros pueden ser variables. Por ejemplo, el departamento legal de un fabricante de automóviles puede ofrecer a sus vendedores formas de contratos que estipulen la garantía (términos fijos) y dejen el precio abierto para la negociación (término variable). Algunas formas convencionales no permiten que las partes varíen ninguno de los términos. En una situación extrema, una de las partes hace una oferta de tómalo o déjalo, lo que significa que la otra parte debe firmar la forma convencional o abstenerse de contratar.

Muchos términos fijos de los contratos de forma convencional son uniformes en toda una industria. Por ejemplo, muchos fabricantes de automóviles prometen reparar ciertos problemas de sus automóviles nuevos dentro de los primeros cinco años o los primeros 80 000 kilómetros de vida del automóvil. Cuando los términos son uniformes, los vendedores no compiten en relación con ellos. La reducción del alcance de la competencia puede disminuir su intensidad.

Para apreciar la razón de esta circunstancia, consideremos los cárteles. Los miembros de un cártel convienen en mantener elevados los precios, lo que beneficia a los miembros como un grupo. Sin embargo, cada miembro se beneficia más reduciendo el precio del cártel y evitando que otros compradores se acerquen a otros miembros. A fin de impedir tal "engaño", el cártel deberá castigar a los miembros que reduzcan el precio del cártel. Los términos fijos

uniformes de los contratos impiden que los vendedores ofrezcan concesiones especiales a los compradores. En consecuencia, el cártel puede concentrarse en vigilar que todos los miembros cobren el precio del cártel. El monitoreo del "engaño" en el cártel resulta mucho más fácil cuando todos los vendedores usan el mismo contrato con términos fijos.

En un artículo influyente, Friedrich Kessler llamó a los acuerdos de tómalo o déjalo "contratos de adhesión".[48] Este término sugiere que los contratos de forma convencional indican la existencia de un monopolio, lo que priva a los compradores del poder de negociación. En consecuencia, a veces los tribunales utilizan el "contrato de adhesión" como un término de oprobio para minar la validez legal de un contrato.

Esta práctica judicial puede justificarse cuando los vendedores usan los contratos de forma convencional para reducir la competencia. En cambio, tal práctica no se justifica cuando los vendedores usan los contratos de forma convencional para aumentar la eficiencia del intercambio. Los contratos de forma convencional reducen el alcance de la negociación, lo que puede promover la eficiencia de dos formas. Primero, los contratos de forma convencional pueden promover la competencia de precios reduciendo la diferenciación del producto. Para ver por qué, consideremos una analogía. La pasta de dientes se vende en diferentes tamaños, formas, colores, texturas, sabores y olores. Los fabricantes manipulan estas diferencias tratando de atraer clientes mediante la diferenciación de su producto. La diferenciación del producto complica las comparaciones de precios. La competencia de precios sería más intensa si todas las pastas de dientes fuesen iguales. De igual modo, la uniformidad reduce las diferencias existentes entre los contratos e intensifica la competencia por el precio.

Segundo, los contratos de forma convencional reducen los costos de transacción. Las partes pueden negociar sobre términos variables, tales como el precio, y no pueden negociar sobre los términos fijos. En lugar de negociar, los compradores eligen entre los contratos convencionales con precios y términos diferentes. Los vendedores pueden crear un contrato real introduciendo "módulos" de lenguaje en una forma universal. Por lo tanto, las formas convencionales reducen el número de los términos que requieren ser redactados, negociados y convenidos.

Uno de los supuestos convencionales de un mercado perfectamente competitivo es que los costos de transacción son nulos. Los contratos de forma convencional pueden aproximar a un mercado al ideal de la competencia perfecta, reduciendo los costos de transacción. La disponibilidad de sustitutos en los mercados perfectamente competitivos impide que alguien negocie el precio. De igual modo, la disponibilidad de sustitutos en los mercados perfectamente competitivos impide que se negocie sobre los contratos. En general, los sustitutos convierten a todos en "tomadores" del precio. El hecho de que muchas

empresas usen la misma forma convencional podría indicar un alto nivel de competencia entre ellas. Los contratos de tómalo o déjalo pueden indicar la presencia de competencia perfecta antes que la del monopolio.

En virtud de que los contratos de forma convencional pueden incrementar la competencia y la eficiencia en el intercambio, no debería aplicarse el término de "contrato de adhesión" a los contratos de forma convencional. Más bien, ese término debería reservarse para los contratos monopólicos. La cuestión relevante es que un mercado sea competitivo o monopólico. El hecho de que un contrato se haya celebrado en una forma convencional no establece una presunción en un sentido o en otro.

¿Qué deben hacer los tribunales con los términos de los contratos monopólicos? En los contratos monopólicos, el precio es demasiado elevado. Pero, en general, los tribunales no piensan que sea su responsabilidad ajustar los precios de un contrato. Los tribunales se muestran más dispuestos a ajustar los términos distintos del precio. ¿Deberían hacerlo?

Para contestar este interrogante, preguntemos primero si los términos de los contratos monopólicos distintos del precio son eficientes o ineficientes. La respuesta abstracta de la teoría económica es simple. Los términos de un contrato distintos del precio suelen crear incentivos que afectan el monto del excedente del intercambio, y los términos eficientes distintos del precio maximizan el excedente del intercambio y de ese modo maximizan los beneficios. En cambio, los términos de precios suelen distribuir el excedente entre las partes. A veces, el monopolista puede usar su poder para maximizar su ganancia maximizando el excedente del intercambio. En suma, un monopolista que puede extraer todo el excedente de cada intercambio, controlando el precio, escogerá términos eficientes distintos del precio.

En cambio, un monopolista que no puede extraer todo el excedente del intercambio, controlando el precio, podría adoptar términos ineficientes distintos del precio a fin de aumentar su control sobre los términos del precio. (Estas proposiciones pueden reformularse en la jerga familiar de los economistas.)[49] Por ejemplo, un proveedor monopólico de programas de cómputo podría aumentar su poder para fijar precios demasiado elevados mediante contratos que prohíban la reventa.

Además del monopolio, existe otro defecto en los mercados que puede ocasionar la estandarización ineficiente de los contratos. Los abogados utilizan a menudo el término "contrato de adhesión" cuando un vendedor se aprovecha de la ignorancia de un comprador. De este modo, los contratos establecen con frecuencia un proceso para resolver disputas futuras que favorece al vendedor, como el arbitraje obligatorio ante un consejo organizado por la asociación de vendedores. El comprador no suele leer el contrato con la atención necesaria para estar consciente de tales términos, o está consciente pero no aprecia la importancia de los términos. Cuando este contrato resulta en una disputa legal,

el abogado del comprador sostendrá que el tribunal debería anular el contrato debido a que la forma convencional impidió que el comprador negociara. (Recordemos que, según la teoría de la negociación del contrato, aceptada de alguna forma por muchos jueces, la "ausencia de negociación" implica la "ausencia del contrato".) Sin embargo, este argumento confunde. Si los compradores están informados y los mercados son competitivos, los términos de los contratos de forma convencional serán eficientes, no estarán dispuestos en contra de los compradores, sin negociación alguna. El verdadero problema con este tipo de contrato es la ignorancia del comprador, no la ausencia de negociación.

PREGUNTA IX.39

Explique cómo la uniformidad puede reducir la competencia de precios fortaleciendo los cárteles, o aumentar la competencia de precios reduciendo la diferenciación del producto.

PREGUNTA IX.40

La competencia baja los precios hacia el nivel de los costos, mientras que los monopolios establecen precios por encima de los costos. Los bancos de California han pagado grandes sumas por concepto de daños porque supuestamente cobraron comisiones mayores que el costo de ciertos servicios que proveen. Supongamos que un fabricante de automóviles cobra $450 adicionales por una transmisión automática en un automóvil nuevo. ¿Qué ineficiencias se generarían si el consumidor pudiera demandar al fabricante y hacer que la compañía pruebe que $450 no es una suma desproporcionada por encima del costo real de la transmisión automática?

PREGUNTA IX.41

El monopolio distorsiona los contratos estableciendo precios demasiado elevados. ¿Por qué desearía un monopolista distorsionar los términos distintos del precio, por ejemplo limitando su responsabilidad por el daño causado por los productos defectuosos?

PREGUNTA IX.42

Supongamos que dos tipos de compradores celebran contratos con un monopolista que promete entregar bienes en el futuro. Un tipo de comprador valúa el bien más que el otro. Al monopolista le gustaría cobrar un precio más alto a los compradores que valúen el bien en mayor medida, pero no puede saber quiénes son tales compradores. A fin de resolver este problema, el monopolista ofrece dos contratos diferentes. Un contrato fija un precio elevado y ofrece pagar daños cuantiosos si el vendedor no entrega los bienes. El otro contrato fija un precio bajo y ofrece pagar daños bajos si el vendedor no entrega los bienes. Explique por qué los dos tipos de compradores podrían preferir contratos diferentes. Explique por qué el monopolista podría ganar ofreciendo dos clases de contratos. (En la jerga económica, el "menú" de contratos "separa" el "conjunto" de compradores y permite la "discriminación de precios".)

La compra de almas utilizando contratos de forma convencional

Según una estimación, el 99% de todos los contratos comerciales se celebran en formas convencionales.* Pese a que la mayoría de los contratos comerciales se basan en formas convencionales, los investigadores saben poco acerca de cómo responden a ellos los consumidores. A principios de este año, una compañía británica de software demostró enérgicamente la poca atención que prestamos a las divulgaciones en línea de los términos de un contrato. En el día de los inocentes, la empresa GameStation en Gran Bretaña añadió una "cláusula del alma inmortal" al contrato de forma convencional para los usuarios de su software. La cláusula dice, en parte:

> Al realizar un pedido a través de este sitio web el primer día del cuarto mes del año 2010 *Anno Domini*, usted se compromete a otorgarnos una opción no transferible para reclamar, por ahora y para siempre, su alma inmortal. Si deseamos ejercer esta opción, usted se compromete a entregar su alma inmortal y cualquier reclamación que pueda tener sobre ella, dentro de los 5 (cinco) días hábiles posteriores a la recepción de la notificación por escrito de gamstation.co.uk o de uno de sus secuaces autorizados.

La compañía incluyó una ventana de confirmación simple para que cualquier comprador diera de baja la cláusula, que también le daría al comprador un vale por £5 en la compra actual. Casi nadie marcó la casilla de la baja.

Florencia Marotta-Wurgler, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, ha analizado miles de contratos relacionados con información de la computadora y del programa de cómputo.† Encontró que casi todas las licencias de usuario final están sesgadas a favor de la compañía del programa de cómputo que las redactó. La competencia fuerte en la industria de la informática no genera más términos amigables con el comprador porque muy pocos consumidores leen las formas convencionales. Cuando instalamos un nuevo programa informático en nuestras computadoras, la mayoría de nosotros nos desplazamos hacia abajo hasta el botón "Aceptar", sin tomarnos la molestia de leer la licencia. ¿Por qué hacemos esto? Tal vez esperamos que una "minoría informada" lea los contratos cuidadosamente y plantee quejas si los términos son injustos.‡ Si es así, entonces el resto de nosotros podría asumir que los términos que se nos presentan en una forma convencional son el resultado de un proceso que ha filtrado los términos unilaterales. Pero Marotta-Wurgler y sus coautores han encontrado que "se puede descartar plausiblemente un mecanismo de minoría informada que sea importante en este mercado". El problema es claro, pero su remedio no.

2. *Inconsciencia*

Cuando un contrato parece tan desigual que su cumplimiento violaría la

conciencia del tribunal, el contrato podrá descartarse de acuerdo con la doctrina de la inconsciencia del derecho común. La tradición del derecho común contiene un concepto similar al de la inconsciencia. La "lesión" se refiere a un contrato demasiado desigual para hacerlo valer en el derecho civil. Se entiende sin dificultad que los jueces no quieran usar su poder para hacer cumplir los contratos inconscientes. Pero es difícil crear una doctrina legal acerca de lo que repele, o debería repeler, a la conciencia de un juez.[50] Utilizaremos el análisis económico para despejar algo de la oscuridad existente en la doctrina de la inconsciencia.

Puesto que se carece de definiciones generalmente aceptadas, el análisis de la inconsciencia debe realizarse a partir de casos particulares. Analizaremos brevemente el famoso caso de Williams *vs.* Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965), para mostrar cómo puede el análisis económico contradecir al sentido común. El caso de Williams se refiere a la compra de un bien duradero a un distribuidor minorista que vende a crédito. Cuando un minorista presta dinero a un consumidor para la compra de un bien, deseará tener una garantía de pago. El prestatario ofrece algo valioso de su propiedad (un aval). El prestamista adquiere un derecho sobre el objeto valioso a través de lo que se conoce como un "interés de seguridad". Si el prestatario no paga el préstamo, el prestamista podrá tomar posesión del objeto valioso, venderlo y usar el dinero de la venta para saldar la deuda.[51]

En teoría, el prestatario puede ofrecer cualquier cosa valiosa como una garantía; pero en la práctica, por lo general, el prestatario ofrece el bien que está comprando con el dinero prestado, tal como un refrigerador o un automóvil. Obviamente, el vendedor-prestamista conoce el mercado de ese bien y puede revenderlo fácilmente. Sin embargo, los bienes de consumo duraderos por lo general pierden su valor con mayor rapidez que la del pago del precio de compra. En consecuencia, el derecho de recuperar el bien comprado no protegerá plenamente al vendedor-prestamista de la pérdida causada por la falta de pago del prestatario. Por ejemplo, supongamos que un vendedor de automóviles presta $20 000 a un consumidor para que compre un automóvil nuevo. En el instante en que el automóvil sale de la agencia, se convierte en un "automóvil usado" y baja de valor, digamos, a $16 000. Si el comprador-prestatario no paga el préstamo de $20 000, el vendedor sólo podrá recuperar $16 000, a lo sumo, recogiendo el automóvil y revendiéndolo. En consecuencia, los consumidores-prestatarios deben otorgar garantías adicionales a fin de obtener préstamos de dinero para la compra de bienes de consumo duraderos. La mejor alternativa es un pago en efectivo, llamado un "enganche", igual a la diferencia existente entre el precio de compra y el monto del préstamo. Pero algunos consumidores no tienen dinero para dar el enganche. Ese problema puede resolverse mediante una "cláusula de adición" en la que se especifique que todos los bienes que el prestatario haya comprado previamente al crédito, al vendedor-prestamista, se

convertirán en una seguridad adicional para la compra en cuestión.

Por ejemplo, supongamos que *A* compró un refrigerador en la tienda de *B*, hace dos años, por $800. *B* le prestó $600 a *A* para que hiciera la compra, y *A* prometió pagar el préstamo en abonos de $10 mensuales durante cinco años. *A* ha pagado cada mes durante los dos últimos años y todavía debe $360 del refrigerador. *A* decide ahora comprar un televisor de $500. *A* no tiene efectivo para dar el enganche. Entonces, *A* sugiere una cláusula de adición por la que Aofrece el refrigerador y el televisor como una garantía. Por lo tanto, si *A* dejara de pagar el televisor, *B* podría recuperar el televisor y el refrigerador para pagar la deuda del televisor.[52] (El refrigerador es una "garantía transversal" del préstamo para comprar el televisor.)

El caso Williams incluía tal cláusula de adición. La señora Williams era una madre soltera de siete hijos, escasamente educada. Cuando dejó de hacer varios pagos por los bienes adquiridos de manera más reciente, la compañía de muebles Walker-Thomas reclamó la mayoría de los bienes domésticos que ella le había comprado a lo largo de cinco años en 14 contratos. En tales casos individuales, la situación del consumidor es desesperada, de modo que hay un gran impulso para proveer alivio legal. El tribunal de Williams sostuvo que la cláusula de adición era inconsciente.

Los abogados se concentran en casos individuales, mientras que los economistas se concentran en las estadísticas. En términos estadísticos, la protección paternalista otorgada a la señora Williams, mediante restricciones legales impuestas al mercado de crédito, impone costos elevados a los consumidores pobres como clase.[53] La cláusula de adición representa presumiblemente el procedimiento más barato para que algunos consumidores pobres obtengan crédito. Si se les niega este instrumento para obtener préstamos, se les obligará a obtener préstamos a un costo mayor, o se les impedirá que obtengan préstamos para la compra de los bienes que necesitan. En conjunto, los pobres obtendrán préstamos a un costo mayor y comprarán menos bienes de consumo de los que podrían comprar. Los detallistas que ofrecieron la cláusula de adición en un intento por disminuir los costos del crédito del consumidor podrían verse también en una situación peor por la prohibición. Sus ventas podrían caer o sus costos podrían aumentar; en ambos casos, es probable que sus ganancias disminuyeran.

Hemos sugerido que la señora Williams merecía la protección como individuo, y que negar el cumplimiento forzoso de las cláusulas de adición perjudica a los consumidores pobres como clase. Los tribunales necesitan un análisis más fino para distinguir entre los consumidores que requieren una protección paternalista y los consumidores a quienes perjudica tal protección. Algunos consumidores no entienden las complejidades de la cláusula de adición. Quizá piensen que, si dejan de pagar la compra más reciente, el vendedor-prestamista recogerá sólo ese bien. Tales personas gestionan un préstamo adicional sin apreciar plenamente

los riesgos y las consecuencias de la falta de pago. En casos como el de Williams, el tribunal podría requerir una prueba de que el comprador entendió la cláusula de adición como una condición para hacerla cumplir. Los tribunales requerirían que el proceso contractual contuviera protecciones contra la ignorancia referente a las cláusulas de adición. La doctrina de la inconsciencia podría proteger a la gente contra su propia ignorancia, pero por lo demás deja que los individuos tomen sus propias decisiones.

Con frecuencia, los tribunales distinguen entre la inconsciencia sustantiva y la procesal. La inconsciencia sustantiva se refiere por lo general a un precio demasiado desproporcionado al valor de mercado. En cambio, la inconsciencia procesal se refiere a las circunstancias y los procedimientos presentes en la formación de la negociación que violan las normas de la justicia, generalmente aceptadas. La inconsciencia sustantiva y la procesal a menudo se combinan en los casos reales, porque un procedimiento injusto conduce con frecuencia a un precio injusto. La violación de estas normas mina la calidad del consentimiento en el contrato.

PREGUNTA IX.43

Un compositor de 21 años firmó en 1966 un contrato con una casa disquera. El contrato de forma convencional asignaba los derechos de autor de toda la producción del demandante a la compañía demandada a cambio de la promesa de la demandada de pagar al demandante 50% de las regalías netas. El contrato tendría una duración de cinco años, con una renovación automática por otros cinco años si las regalías obtenidas por el demandante durante el primer periodo pasaban de 5 000 libras esterlinas. La compañía demandada podría dar por terminado el contrato mediante un aviso con un mes de anticipación, y podría ceder el contrato y sus derechos de autor sin el consentimiento del demandante. Por la firma del contrato, el demandante recibió 50 libras como adelanto de regalías futuras. El demandante se convirtió en un compositor exitoso y trató de liberarse del contrato, alegando que era inconscientemente favorable para la casa disquera. Macaulay *vs.* Schroeder Publishing Co. Ltd. (1974), 1 W.L.R. 1308 (H.L.). Utilice la teoría económica para analizar este caso.

NOTA WEB IX.6

Hay mucho más qué decir acerca del complicado tema de la inconsciencia. En nuestro sitio web analizamos parte de la literatura y casos adicionales que involucran a esa doctrina y plantean interrogantes nuevos acerca de ellos.

NOTA WEB IX.7

Hay una cantidad creciente de investigación empírica interesante sobre el derecho de los contratos. En nuestro sitio web analizamos esa literatura, en particular la de los términos contractuales injustos en el negocio de los automóviles nuevos a manos del profesor Ian Ayres de Yale y un resumen de esa literatura hecho por el profesor Russell Korobkin de UCLA.

E. *Conclusión de la sección II*

Resumamos nuestro análisis de las excusas y las defensas. La doctrina de la incompetencia se aplica cuando una persona incompetente hace una promesa. La ley provee incentivos para proteger a las personas incompetentes al menor costo, interpretando los contratos a su favor. La doctrina de la coacción se aplica cuando el promitente amenaza con destruir, para inducir al receptor de la promesa a hacer una promesa desproporcionada. La ley crea incentivos para disuadir de las amenazas al no apoyar las promesas coercitivas. La doctrina de la necesidad se activa cuando el promitente amenaza con no rescatar al receptor de la promesa para así inducir una promesa desproporcionada. La ley crea incentivos para el rescate eficiente requiriendo que el beneficiario pague al rescatador el costo del rescate y una recompensa, y negándose a hacer cumplir la promesa desproporcionada. La doctrina de la imposibilidad se aplica cuando una contingencia impide el cumplimiento. La ley estimula la precaución eficiente y la dispersión del riesgo asignando la responsabilidad a la parte que pueda asumir el riesgo de la contingencia al costo menor.

CUADRO IX.6. *Defensas y excusas*

Doctrina legal	*Hecho que desencadena el problema en la doctrina legal*	*Solución de incentivo*	*Solución legal*
Incompetencia	Una persona incompetente hace una promesa	Proteger a los incompetentes al costo menor	Interpretar el contrato a favor del incompetente
Coacción	El receptor de una promesa amenaza con destruir	Disuadir las amenazas	Negar el cumplimiento forzoso de las promesas obtenidas mediante la coerción
Necesidad	El receptor de una promesa amenaza con no rescatar	Recompensar el rescate	El beneficiario paga el costo del rescate más una recompensa
Imposibilidad	Una contingencia impide el cumplimiento	Estimular la precaución y la dispersión del riesgo	Asignar la responsabilidad a quien puede asumir el riesgo al costo menor
Frustración del propósito	Una contingencia destruye el propósito del cumplimiento	Estimular la precaución y la dispersión del riesgo	Asignar la responsabilidad a quien puede asumir el riesgo al costo menor
Error mutuo acerca de los hechos	El comprador y el vendedor cometen el mismo error acerca de los hechos	Estimular la precaución y la dispersión del riesgo	Asignar la responsabilidad a quien puede asumir el riesgo al costo menor
Error mutuo acerca de la identidad	El comprador y el vendedor tienen en mente un objeto diferente	Impedir intercambios involuntarios	Deshacer el contrato
Error unilateral	El comprador o el vendedor están equivocados acerca de los hechos	Unir el conocimiento y el control; estimular el descubrimiento	Hacer cumplir el contrato
Obligación de revelar información	El receptor de la promesa causa daño al ocultar la información	Inducir la provisión de información verdadera	Responsabilidad del daño
Fraude	El receptor de la promesa provee información falsa a sabiendas	Disuadir la provisión de información falsa	Negar el cumplimiento forzoso del contrato y asignar la responsabilidad del daño
Contratos de adhesión	Un cártel utiliza formas convencionales para promover la colusión	Desestabilizar los cárteles	Negar el cumplimiento forzoso de los contratos de los cárteles
Inconsciencia procesal	El consumidor ignora algunos términos esenciales del contrato del vendedor	Crear incentivos para dar a conocer el significado de los términos del contrato	Negar el cumplimiento forzoso a menos que el proceso de negociación dé a conocer la información esencial

Un contrato puede separar la información del control cuando ambas partes cometen un error, o cuando el vendedor oculta la información necesaria para que el comprador prevenga la destrucción del bien, o cuando el receptor de la promesa provee información falsa al promitente.

En el caso del monopolio, pueden utilizarse contratos convencionales para promover la colusión en un cártel. Tales "contratos de adhesión" no deberían hacerse cumplir. Más comúnmente, los contratos de forma convencional

aumentan la competencia disminuyendo la diferenciación del producto y reduciendo los costos de transacción. Por último, la "inconsciencia" abarca un conjunto de doctrinas confuso, que incluye los procesos de negociación que dejan a los consumidores en la ignorancia de términos importantes. Si los acontecimientos hacen aparecer estos términos, los consumidores se sienten "injustamente sorprendidos". El remedio es el requerimiento de un proceso que comunique la información como una condición del cumplimiento forzoso. El cuadro IX.6 resume nuestro análisis.

LECTURAS RECOMENDADAS

Eisenberg, Melvin A., "The Bargain Principle and Its Limits", *Harvard Law Review*, vol. 95, 1982, p. 741.

, "The Limits of Cognition and the Limits of Contract Law", *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995, p. 211.

, "Actual and Virtual Specific Performance: The Theory of Efficient Breach and the Indifference Principle in Contract Law", *California Law Review*, vol. 93, 2005, p. 975.

Goldberg, Victor E., *Framing Contract Law: An Economic Perspective*, Harvard University Press, Cambridge, 2007.

(comp.), *Reading in the Economics of Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Katz, Avery W., "The Option Element in Contracting", *Virginia Law Review*, vol. 90, 2004, p. 2187.

, "The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation", *Columbia Law Review*, vol. 104, 2004, p. 496.

Posner, Richard A., "The Law and Economics of Contract Interpretation", *Texas Law Review*, vol. 83, 2005, p. 1581.

Salanié, Bernard, *The Economics of Contracts: A Primer*, 2ª ed., The MIT Press, Massachusetts, 2005.

Schwartz, Alan, y Robert E. Scott, "Contract Theory and the Limits of Contract Law", *Yale Law Journal*, vol. 113, 2003, p. 541.

Scott, Robert E., y George G. Triantis, "Anticipating Litigation in Contract Design", *Yale Law Review*, vol. 115, 2006, p. 814.

Shavell, Steven, "Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis", *Texas Law Review*, vol. 84, 2006, p. 831.

APÉNDICE. ANEXO MATEMÁTICO

A fin de desarrollar más formalmente el modelo del cumplimiento y la confianza, aplicaremos las matemáticas y las gráficas al ejemplo de La Casa de los Wafles. La gráfica IX.3 representa la relación existente entre el gasto de Xavier y la probabilidad de que cumpla lo prometido. La variable x denota el gasto de Xavier

en el cumplimiento, la variable p denota la probabilidad del cumplimiento, y $p = p(x)$ denota la relación funcional existente entre las variables. La probabilidad del cumplimiento aumenta cuando Xavier gasta; por lo tanto, p es una función creciente de x.

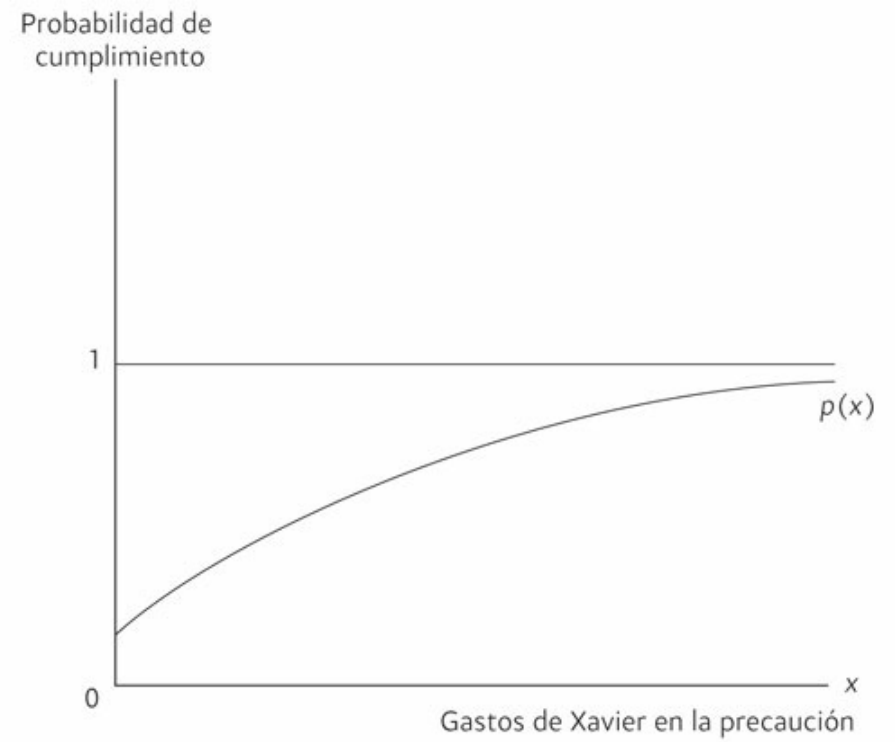
Pasamos ahora del cumplimiento de Xavier a la confianza de Ivonne. La gráfica IX.4 muestra la relación existente entre la magnitud del pedido de comida por parte de Ivonne y sus beneficios en septiembre. Por definición, los beneficios en septiembre son iguales a los ingresos totales menos los costos variables totales. Los pedidos de alimentos son uno de los costos que Ivonne puede variar en un tiempo breve. Para mantener sencillo el ejemplo, supondremos que Ivonne no puede variar ningún otro costo en septiembre. De modo que la variable y, que denota el gasto de Ivonne en pedidos de alimentos, indica también sus costos variables totales durante el mes.

Los ingresos totales son iguales al ingreso que obtiene Ivonne de la venta de alimentos en septiembre. Su ingreso por la venta de alimentos depende de que ocupe el edificio nuevo o el antiguo. Si Xavier cumple, Ivonne ocupará el nuevo edificio el 1 de septiembre y obtendrá ingresos elevados, como se indica en la gráfica IX.4 por la curva denominada $R_p(y)$. Si Xavier no cumple, Ivonne permanecerá en el edificio antiguo el 1 de septiembre y obtendrá ingresos bajos, como se indica en la gráfica IX.4 por la curva denominada $R_{np}(y)$.

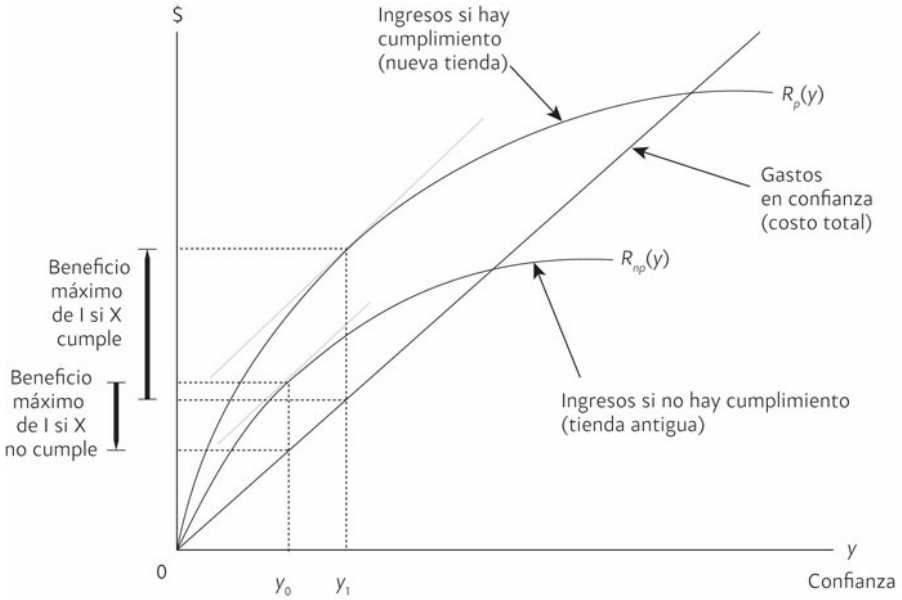
La gráfica IX.4 representa los beneficios, iguales a la diferencia existente entre los ingresos totales y los costos variables totales, como la distancia vertical existente entre la curva de ingreso total apropiada y la curva del costo total. La curva de ingreso total apropiada depende de la probabilidad de que Xavier termine el edificio a tiempo. Si es seguro que Xavier terminará el edificio a tiempo, $R_p(y)$ será la curva de ingreso total apropiada. En cambio, si es seguro que Xavier no terminará el edificio a tiempo, $R_{np}(y)$ será la curva de ingreso total apropiada.

Ivonne maximiza sus beneficios maximizando la distancia vertical existente entre la curva de ingreso total apropiada y la curva de costo total. Cuando $R_p(y)$ es la curva de ingreso total apropiada, el alto nivel de confianza denotado por y_1 en la gráfica IX.4 maximizará los beneficios de Ivonne. Cuando $R_{np}(y)$ es la curva de ingreso total apropiada, el bajo nivel de confianza denotado por y_0 en la gráfica IX.4 maximizará los beneficios de Ivonne. [En ambos niveles de confianza, el costo marginal de la confianza (dado por la pendiente constante de la línea que pasa por el origen) es igual al ingreso marginal de la confianza (dado por la pendiente de $R_p(y)$ o $R_{np}(y)$.]

GRÁFICA IX.3. *La relación directa existente entre los niveles de la precaución y la probabilidad del cumplimiento*



GRÁFICA IX.4. *Cómo depende la confianza del receptor de una promesa de la probabilidad de cumplimiento del promitente*



El aumento del pedido de alimentos por encima de y_0 resulta riesgoso. Entre más suba y por encima de y_0 (hasta el máximo y_1), más aumentarán las ganancias de Ivonne si Xavier cumple, yX más disminuirán las ganancias de

Ivonne si Xavier incumple.

El ejemplo concreto de La Casa de los Wafles capta dos verdades generales. Primero, el promitente puede tomar precauciones costosas que aumentan la probabilidad de su cumplimiento. Segundo, mientras más confíe en la promesa quien la recibe, mayores serán los beneficios si se cumple la promesa, y menores si se incumple.

1. *Eficiencia*

La eficiencia requiere que se escojan x y y para la maximización de los beneficios esperados de Ivonne menos los gastos de Xavier. Consideremos primero el gasto de Xavier en el cumplimiento. Los mayores gastos de Xavier aumentan sus costos y los beneficios esperados de Ivonne. La eficiencia requiere que Xavier equilibre sus costos y sus beneficios esperados. Ahora consideremos la confianza. Los gastos de Ivonne en confianza aumentan sus beneficios si Xavier cumple y disminuyen sus beneficios si Xavier incumple. La eficiencia requiere que Ivonne equilibre los beneficios esperados y las pérdidas esperadas de la confianza.

Expresaremos esta descripción verbal de la eficiencia con una notación. La eficiencia requiere que se escojan x y y de tal modo que se maximicen los beneficios esperados por Ivonne menos los costos de la precaución de Xavier:

$$\underset{x,\,y}{\text{Maximizar}}\ \underbrace{\underbrace{p(x)R_p(y) + [1 - p(x)]R_{np}(y)}_{\text{ingresos esperados de I}} - \underbrace{y}_{\text{pedidos de alimentos de I}}}_{\text{beneficios esperados de I}} - \underbrace{x}_{\text{gasto de X}} \qquad \text{(IX.1)}$$

Explicaremos cómo se escogen x y y para maximizar la función anterior. Primero, consideremos a Xavier, quien gasta x, lo que aumenta la probabilidad $p(x)$ de que Ivonne obtenga ingresos altos iguales a $R_p(y)$,en lugar de ingresos bajos iguales a $R_{np}(y)$. La eficiencia requiere que el último dólar gastado por Xavier incremente los ingresos esperados por Ivonne en un dólar, lo que escribimos:

$$\underbrace{1}_{\text{gasto marginal}} = \underbrace{p'(x)[R_p(y) - R_{np}(y)]}_{\text{ingresos marginales esperados}} \qquad \text{(IX.2)}$$

(Si usted conoce de cálculo, advertirá que igualando a cero la derivada parcial de la ecuación IX.1 respecto de x se obtiene la ecuación IX.2.)

Segundo, consideremos a Ivonne. Aumentando su gasto y más allá de y0, incrementará sus ingresos $R_p(y)$ con una probabilidad p y disminuirá sus ingresos $R_{np}(y)$ con una probabilidad de $(1 - p)$. La eficiencia requiere que el

último dólar gastado por Ivonne en la confianza incremente sus ingresos esperados en un dólar, lo que escribimos:

$$\underset{\text{gasto marginal en confianza}}{1} = \underset{\text{aumento esperado en ingreso}}{pR'_p(y)} + \underset{\text{disminución posible en ingreso}}{(1-p)R'_{np}(y)} \qquad \text{(IX.3)}$$

(Si usted conoce de cálculo, advertirá que igualando a cero la derivada parcial de la ecuación IX.1 respecto de y obtenemos la ecuación IX.3.)

Las ecuaciones IX.2 y IX.3 determinan los valores de x y y, que maximizan la ecuación IX.1. Estos valores, denotados por x^* y y^* , son los niveles eficientes de la precaución y la confianza. La magnitud de y^* depende de la probabilidad p de que Xavier cumpla. Si es improbable el cumplimiento, será eficiente una confianza escasa, de modo que el valor eficiente de y se aproxima a y_0. Si el cumplimiento es probable, será eficiente una gran confianza, de modo que el valor eficiente de y se aproxima a y_1. Si la probabilidad del cumplimiento es mayor que cero y menor que 1, y^* se encuentra entre y_0 y y_1.

2. *Medidas del pago de daños*

Consideremos varias medidas diferentes del pago de daños. El pago de los daños de expectativa, D_e, coloca a Ivonne en la misma posición que si Xavier cumpliera. Por lo tanto, los daños de expectativa son iguales a la diferencia existente entre los beneficios de Ivonne si Xavier cumple, $R_p(y) - y$, y sus beneficios efectivos cuando Xavier incumple, $R_{np}(y) - y$. Por lo tanto, definimos los daños de expectativa:

$$\underset{\text{daños de expectativa}}{D_e} = \underset{\text{ingresos del cumplimiento menos ingresos reales}}{R_p(y) - R_{np}(y)} \qquad \text{(IX.4)}$$

El pago de daños del costo de oportunidad, D_0, coloca a Ivonne en la misma posición, después del incumplimiento, que tendría si ella hubiese firmado el mejor contrato alternativo. Ivonne firmó el contrato real porque pensó que sus términos eran por lo menos tan buenos como el mejor contrato alternativo. Para mantener el modelo sencillo, no diremos nada explícito acerca del mejor contrato alternativo.

El pago de los daños de la confianza, D_r, coloca a Ivonne en la misma posición, después del incumplimiento, que tendría si no hubiese firmado un contrato de construcción con Xavier ni con nadie. Así, si no hubiese firmado ningún contrato de construcción, Ivonne habría gastado yo en alimentos y los hubiera vendido en el restaurante antiguo, obteniendo así beneficios iguales a $R_{np}(y_o) - y_o$. En

realidad, Ivonne gastó y en alimentos, Xavier incumplió e Ivonne obtuvo beneficios iguales a $R_{np}(y) - y$. La diferencia de los beneficios es igual a los daños de confianza de Ivonne.

$$\underset{\text{daños de confianza}}{D_r} = \underset{\text{beneficios sin contrato}}{[R_{np}(y_o) - y_o]} - \underset{\text{beneficios reales}}{[R_{np}(y) - y]} \qquad \text{(IX.5)}$$

Comparemos ahora las tres medidas de los daños. El cumplimiento del contrato que Ivonne firmó efectivamente es por lo menos tan bueno como el cumplimiento del mejor contrato alternativo. Por lo tanto, los daños de expectativa son por lo menos tan elevados como los propios daños del costo de oportunidad: $D_e - D_o$. El mejor contrato alternativo es por lo menos tan bueno como la ausencia de todo contrato para Ivonne. Por tanto, los daños del costo de oportunidad son por lo menos tan elevados como los daños de la confianza: $D_o - D_r$. En resumen, tenemos:

$$D_e \geq D_o \geq D_r \qquad \text{(IX.6)}$$

3. *Incentivos para la precaución eficiente*

Describimos antes el comportamiento eficiente en palabras y notación, y luego describimos diversas medidas de los daños. Consideremos ahora cuál medida de los daños genera incentivos para que el promitente y el receptor de la promesa se comporten eficientemente.

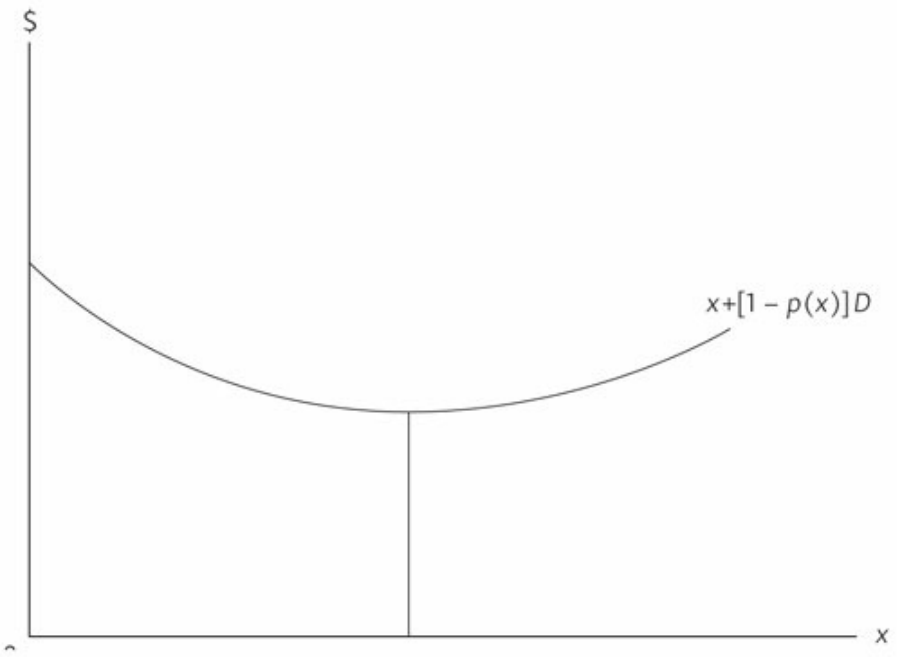
Xavier asume el costo pleno de su propia precaución x. Xavier también es responsable de los daños, D, con una probabilidad de $[1 - p(x)]$. La suma, $(x + [1 - p(x)D])$, es igual a los costos esperados por Xavier, quien escoge x para minimizar sus costos esperados:

$$\underset{x}{\text{minimizar}} \quad \underset{\text{precaución}}{x} + \underset{\text{responsabilidad esperada}}{[1 - p(x)D]} \qquad \text{(IX.7)}$$

La gráfica IX.5 representa el problema de Xavier. Como se ilustra allí, los costos de Xavier serán elevados si no toma ninguna precaución, porque sus daños esperados serán grandes. Sus costos también serán elevados si toma precauciones excesivas, porque ello le cuesta más de lo que ahorra en responsabilidad. Xavier minimiza sus costos tomando precauciones a un nivel intermedio, denotado x^* , en la gráfica IX.5, donde la curva del costo esperado baja a su punto mínimo. Esto ocurre cuando un dólar adicional gastado en precaución reduce su responsabilidad esperada en un dólar. En otras palabras, sus costos se minimizan cuando el costo marginal de la precaución es igual a la

reducción marginal de la responsabilidad esperada:

GRÁFICA IX.5. *Costos esperados de las precauciones y del incumplimiento para el promitente*



$$\underset{\text{costo marginal de la precaución}}{1} = \underset{\text{reducción marginal de la responsabilidad esperada}}{p'(x)D} \qquad \text{(IX.8)}$$

(Si usted sabe de cálculo, advertirá que si igualamos a cero la derivada parcial de la ecuación IX.7 respecto de x se obtiene la ecuación IX.8.)

Podemos comparar los efectos de incentivo de diversas medidas de los daños sustituyendo su definición para D en la ecuación IX.8. Consideremos primero los daños de expectativa, D_e, como se definen en la ecuación IX.4. Sustituyendo esta definición de D_e por D en la ecuación IX.8, obtendremos:

$$\underset{\text{costo marginal de la precaución}}{1} = \underset{\text{ingresos marginales esperados}}{p'(x)[R_p(y) - R_{np}(y)]} \qquad \text{(IX.9)}$$

Esta ecuación es idéntica a la condición de eficiencia en la ecuación IX.2, lo que prueba que los daños de expectativa hacen que Xavier tome precauciones socialmente eficientes para minimizar sus costos esperados.

Se entiende fácilmente que los daños de expectativa generen incentivos para la precaución eficiente de los promitentes, quienes asumen el costo total de sus precauciones. Sus incentivos son eficientes cuando también disfrutan el

beneficio pleno. El beneficio pleno es igual a cualquier beneficio que reciban los promitentes más el beneficio que esperan recibir los receptores de las promesas. El beneficio que esperan recibir los receptores de las promesas es igual a la responsabilidad del promitente bajo los daños de expectativa. Por lo tanto, *los daños de expectativa hacen que los promitentes internalicen los beneficios de sus precauciones contra el incumplimiento*, lo que crea incentivos para la precaución eficiente.

Consideremos ahora los daños del costo de oportunidad y los daños de confianza. De acuerdo con la ecuación IX.6, los daños de expectativa son por lo menos tan grandes como los daños del costo de oportunidad, y los daños del costo de oportunidad son por lo menos tan grandes como los daños de confianza. Si los tres daños son iguales, cada uno de ellos proveerá incentivos para la precaución eficiente por el promitente. Si los daños de expectativa superan a una medida alternativa, esta alternativa proveerá incentivos para una precaución deficiente por parte del promitente. "Incentivos para una precaución deficiente" significa que el promitente minimiza los costos esperados tomando precauciones por debajo del nivel eficiente. Resumiremos nuestras conclusiones como sigue:

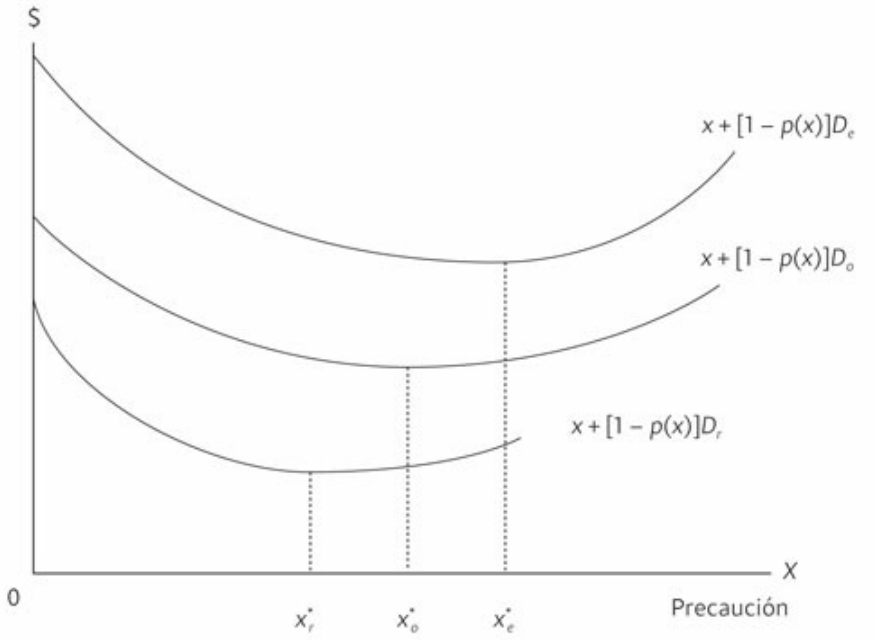
Incentivos del promitente para protegerse contra el incumplimiento

Expectativa		Costo de oportunidad		Confianza
D_e eficiente	=	D_o eficiente	=	D_r eficiente
D_e eficiente	>	D_o deficiente	>	D_r deficiente

La gráfica IX.6 describe estos hechos. El aumento de los daños esperados, D, incrementa el incentivo de Xavier para tomar precauciones contra los acontecimientos que lo llevarían a incumplir. A medida que aumentan los daños de D_r a D_o, y de D_o a D_e, el nivel de precaución que minimiza el costo de Xavier aumenta de x_r a x_o, y de x_o a x_e.

No es difícil entender por qué una suma menor que la de los daños de expectativa provee incentivos para una precaución deficiente. Como explicamos antes, los daños de expectativa hacen que el promitente internalice los beneficios esperados de la precaución. En consecuencia, otorgar una suma menor que la de los daños de expectativa hace que el promitente externalice una parte de los beneficios esperados de la precaución. Por ejemplo, los daños del costo de oportunidad externalizan la parte del beneficio obtenido por el receptor de la promesa del cumplimiento del contrato real, que no podría obtener del mejor contrato alternativo.

GRÁFICA IX.6. *Cómo varía la precaución con el monto de los daños por el incumplimiento del contrato*



PREGUNTA IX.44

Explique por qué, en general, el pago perfecto de los daños de expectativa genera incentivos para la precaución eficiente del promitente. Explique por qué, en general, el pago perfecto de daños del costo de oportunidad o de la confianza no genera incentivos para la precaución eficiente del promitente.

PREGUNTA IX.45

Pensemos que el remedio para el incumplimiento es el cumplimiento específico.

a) Utilice la gráfica IX.6 para encontrar el monto de la precaución que tomaría Xavier si el cumplimiento específico cuesta al promitente lo mismo que los daños de expectativa.
b) Utilice la gráfica IX.6 para describir el monto de la precaución que tomaría Xavier si el cumplimiento específico costara al promitente más que los daños de expectativa. (¿Qué está suponiendo usted implícitamente acerca de la renegociación entre el promitente y el receptor de la promesa?)

PREGUNTA IX.46

Supongamos que el pago de los daños de restitución constituye el remedio para el incumplimiento, y que los daños de restitución superan a los daños de expectativa. Utilice la gráfica IX.6 para describir el monto de la precaución que tomaría Xavier.

4. *Incentivos para la confianza eficiente*

Explicamos antes que la eficiencia de los incentivos del promitente para tomar precauciones depende del nivel de los daños ("daños totales"). Los daños de expectativa proveen incentivos para la precaución eficiente del promitente contra

el incumplimiento, mientras que los daños del costo de oportunidad y los daños de la confianza proveen incentivos deficientes. Explicaremos ahora cómo la ley crea incentivos para la confianza eficiente del receptor de la promesa. Demostraremos que la eficiencia de los incentivos del receptor de la promesa para tener confianza depende de los cambios en los daños por la confianza ("daños marginales").

Ivonne invierte y en confianza; recibe los ingresos $R_p(y)$ con una probabilidad de p; y recibe los ingresos $R_{np}(y)$ y los daños D con una probabilidad de $(1 - p)$. La suma ponderada por la probabilidad es igual a sus beneficios netos esperados. Ivonne escoge y para maximizar sus beneficios netos esperados:

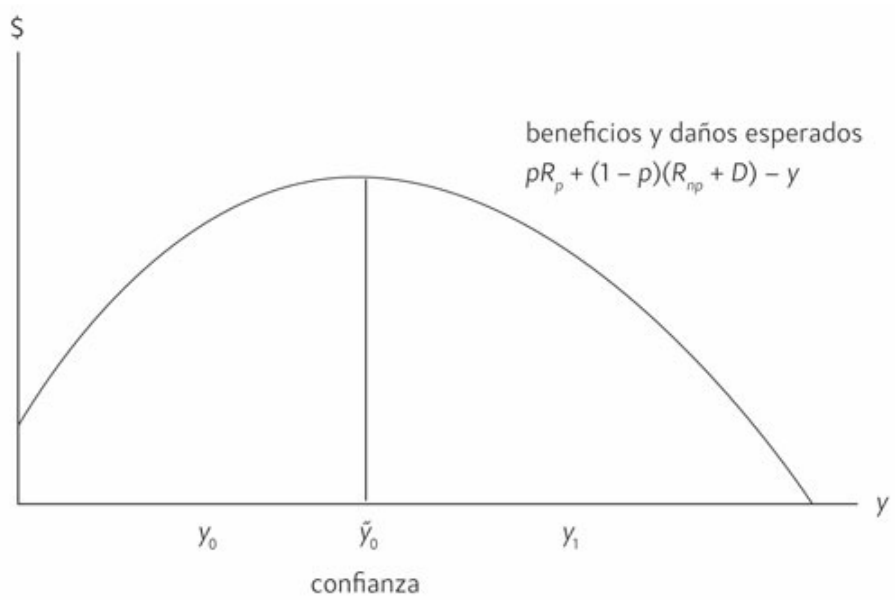
$$\underset{y}{\text{maximizar}} \quad \underbrace{pR_p(y) + (1 - p)(R_{np}(y) + D)}_{\text{ingresos y daños esperados}} - \underbrace{y}_{\text{confianza}} \qquad \text{(IX.10)}$$

La gráfica IX.7 describe el problema de maximización de Ivonne. Los beneficios netos esperados de Ivonne serán bajos si no tiene confianza ($y = 0$) , porque no ordena suficientes alimentos por adelantado. Sus beneficios esperados netos serán también bajos si confía en exceso, porque ordena demasiados alimentos por adelantado. Ivonne maximizará sus beneficios esperados netos si confía a un nivel intermedio, denotado por $\tilde{y}$ en la gráfica IX.7, donde la curva de los beneficios esperados netos alcanza su punto más alto. Esto ocurre cuando un dólar adicional gastado en confianza aumenta sus ingresos y sus daños esperados en un dólar. En otras palabras, sus ganancias netas se maximizan cuando el costo marginal de la confianza se iguala al aumento marginal de los ingresos y daños esperados.

$$\underset{y}{\text{maximizar}} \quad \underbrace{pR_p(y) + (1 - p)(R_{np}(y) + D)}_{\text{ingresos y daños esperados}} - \underbrace{y}_{\text{confianza}} \qquad \text{(IX.10)}$$

(Si usted conoce de cálculo, advertirá que igualando a cero la derivada parcial de la ecuación IX.10 respecto de y obtenemos la ecuación IX.11.)

GRÁFICA IX.7. *Beneficios esperados netos del receptor de la promesa*

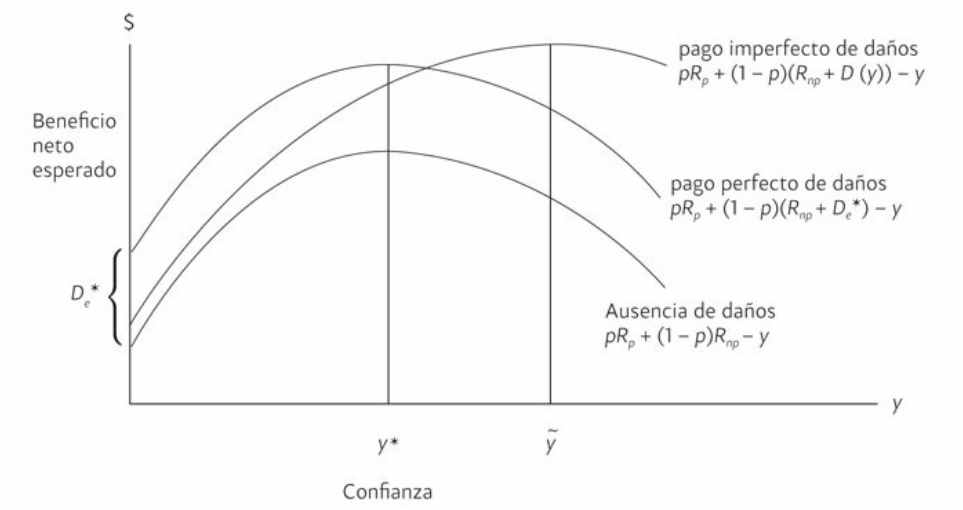


Podemos comparar los efectos de incentivo de medidas alternativas de los daños sustituyendo su definición por *D* en la ecuación IX.10. Recuérdese que el pago de los daños de expectativa restablece al receptor de la promesa en la posición que habría disfrutado si la promesa se hubiese cumplido. En el capítulo anterior definimos el pago perfecto de los daños de expectativa como la suma de dinero suficiente para restablecer al receptor de la promesa en la posición que habría disfrutado si se hubiese cumplido la promesa y si la confianza hubiese sido óptima. Aplicando eso a La Casa de los Wafles, el pago perfecto de los daños de expectativa será igual a la diferencia existente entre los ingresos de Ivonne cuando Xavier cumple y sus ingresos cuando Xavier incumple, suponiendo una confianza óptima ($y = y^*$):

$$\underset{\text{pago perfecto de daños de expectativa}}{D^*_e} = \underset{\text{ingresos esperados menos ingresos reales, dada la confianza óptima}}{R_p(y^*) - R_{np}(y^*)} \qquad \text{(IX.12)}$$

Adviértase que la ecuación IX.12 no contiene la confianza efectiva de Ivonne, y. Contiene su confianza óptima, y^*. Cuando la confianza es igual a y^*, la recuperación esperada de los daños de Ivonne no varía con su confianza efectiva. Un dólar adicional gastado por Ivonne en la confianza y no cambia los daños que experimenta. "Daños marginales", denotado por *D*', significa el aumento de los daños cuando Ivonne gasta otro dólar en confianza. Por lo tanto, si Ivonne hubiera confiado óptimamente, su pago marginal de da-ños sería igual a cero: *D*' = 0. Sustituimos *D*'= 0 en la ecuación IX.11 para obtener:

GRÁFICA IX.8. *Cómo varía la confianza con los daños marginales por el incumplimiento de contrato*



$$\underset{\substack{\text{gasto en la confianza}\\ \text{marginal}}}{1} = \underset{\substack{\text{aumento esperado}\\ \text{del ingreso}}}{pR'_p(y)} + \underset{\substack{\text{reducción}\\ \text{esperada del}\\ \text{ingreso}}}{(1-p)R'_{np}(y)} \qquad \text{(IX.13)}$$

La ecuación IX.13 es idéntica a la condición de eficiencia de la ecuación IX.3, lo que prueba que el pago perfecto de los daños de expectativa hace que Ivonne confíe al nivel socialmente eficiente.

Se puede entender sin dificultad que el pago perfecto de los daños de expectativa genere incentivos para la confianza eficiente del receptor de la promesa. La eficiencia requiere que la persona que aumenta el riesgo lo asuma. La confianza del receptor de la promesa incrementa el riesgo, específicamente el riesgo de que el incumplimiento destruya el valor de la inversión del receptor de la promesa. El pago perfecto de los daños de expectativa permanece constante cuando el receptor de la promesa confía por encima del nivel óptimo. Por lo tanto, el riesgo causado por el incremento de la confianza es asumido por el receptor de la promesa. En suma, el pago perfecto de los daños de expectativa hace que el receptor de la promesa internalice el riesgo del incremento de la confianza.

Por ejemplo, contrastemos el pago perfecto con el pago imperfecto de los daños en la gráfica IX.8. La curva denominada "No hay daños" indica los beneficios esperados netos de Ivonne cuando $D = 0$. Elevemos esta curva por el monto del pago perfecto de los daños de expectativa, $D = D_e^* = D(y^*)$, para obtener la curva denominada "pago perfecto de daños". El pago perfecto de los daños permanece constante a medida que aumenta la confianza, de modo que $D' = 0$. La curva denominada "pago perfecto de los daños" en la gráfica IX.8 alcanza

su punto más alto cuando Ivonne confía en forma óptima: $y = y^*$.

Por último, la curva denominada "pago imperfecto de daños" en la gráfica IX.8 indica los beneficios esperados netos de Ivonne cuando los daños cambian en función de la confianza: $D = D(y)$.[54] Adviértase que el pago imperfecto de los daños, $D(y)$, aumenta a medida que lo hace la confianza y de Ivonne, de modo que los daños marginales superan a cero: $D' > 0$. Este hecho hace que la curva de los beneficios esperados netos de Ivonne se desplace hacia la derecha para los valores de y por encima de y^* , como se describe en la gráfica IX.8. A resultas del desplazamiento hacia la derecha, la curva del beneficio esperado neto de Ivonne alcanza su nivel máximo en un nivel de confianza, denotado por y, que supera a la confianza eficiente y* .[55] En suma, la gráfica IX.8 ilustra el hecho de que los daños marginales, ($D' > 0$), causan un exceso de confianza: ($y >$ y*).

PREGUNTA IX.47

¿Por qué la curva de "No hay daños" alcanza su punto máximo en la gráfica IX.8, con el mismo valor de y que la curva de "Pago perfecto de daños"? Explique el hecho de que la circunstancia de "No hay daños" provee incentivos eficientes para la confianza de Ivonne e incentivos ineficientes para la precaución de Xavier.

PREGUNTA IX.48

La curva del "Pago imperfecto de daños", en la gráfica IX.8, se encuentra por debajo de la curva del "Pago perfecto de daños" para valores de y menores que y^* . Ocurre lo contrario para valores de y mayores que y^*. Considere una combinación de la curva del pago imperfecto de los daños para valores de y menores que y^* y la curva del pago perfecto de los daños para valores de y mayores que y^* :

$$D = D(y) \text{ para } y, y^*;$$
$$D = D(y^*) \text{ para } y > y^* .$$

Supongamos que los beneficios esperados de Ivonne corresponden a esta curva compuesta. Por lo tanto, Ivonne recibirá una compensación de los daños efectivos hasta un valor máximo de $D(y^*)$. Dada esta medida compuesta de los daños, ¿cuál nivel de confianza maximiza los beneficios esperados de Ivonne?

PREGUNTA IX.49

Supongamos que las partes no pueden renegociar después del incumplimiento. Supongamos también que el remedio para el incumplimiento es el cumplimiento específico. El cumplimiento específico garantiza que Xavier cumplirá. ¿Fijará Ivonne su confianza igual a y_0, y^* o y_1 en las gráficas IX.4 y IX.8? Explique su respuesta.

PREGUNTA IX.50

Supongamos que los daños de restitución constituyen el remedio del incumplimiento. Los daños de restitución dependen de los beneficios que gana el promitente por el incumplimiento. En consecuencia, los daños de entrega no varían con la confianza del receptor de la promesa, (D' =

o). Utilice la gráfica IX.8 para explicar los efectos de incentivo de los daños de restitución sobre la confianza de Ivonne.

X. TEORÍA ECONÓMICA DEL PROCESO LEGAL

La primera cosa que tenemos que hacer es matar a todos los abogados.
WILLIAM SHAKESPEARE,
Enrique VI, segunda parte,
acto cuarto, escena II

Si usted cree que la justicia es cara, pruebe con la injusticia.
ANÓNIMO
(Adaptación del famoso comentario
de Derek Bok acerca de la educación
y la ignorancia)

EL CLIENTE dijo: "Exijo justicia". Su abogado contestó: "¿Cuánta justicia puede pagar?"

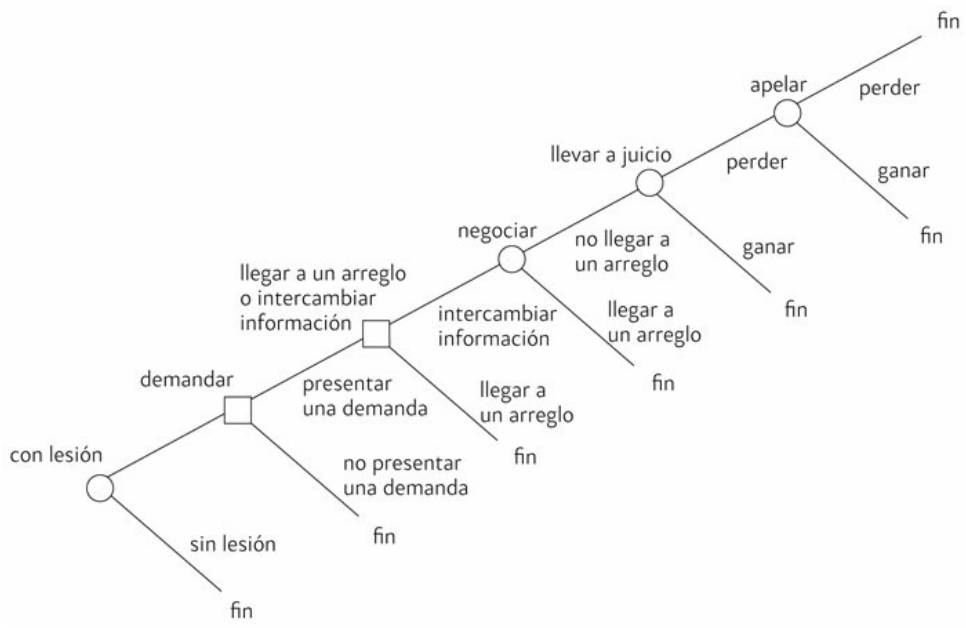
Por lo general, en un caso la ley y los hechos requieren de un tribunal para llegar a una decisión específica. La resolución de un conflicto en términos diferentes de los exigidos por la ley y los hechos suele ser equivalente a la injusticia. Sin embargo, el desarrollo de la ley y de los hechos en los tribunales pronto se vuelve caro. Para las partes en una disputa legal, los procedimientos parecen tan torpes e innecesarios en ocasiones que sienten las ganas de matar a todos los abogados de Dick el carnicero. Pero desde el punto de vista del abogado, el derecho procesal tiene un sentido exquisito; la justicia es cara, pero vale la pena, como un buen automóvil.

¿El costo inevitable de la justicia es la complejidad y el gasto en el proceso legal o es el tributo extraído del público por una abogacía poderosa? Una teoría de los incentivos creados por el proceso legal puede ayudar a responder a esta pregunta. Este capítulo aplica el análisis económico a los aspectos procesales de las disputas civiles, mientras que los capítulos anteriores lo aplicaban al derecho sustantivo de la propiedad, de los ilícitos culposos y de los contratos. Los aspectos procesales se refieren al proceso que se desarrolla desde la presentación de una demanda hasta la resolución de la disputa mediante la desestimación, el acuerdo o el litigio.

Diferentes países siguen procedimientos legales distintos, pero existen semejanzas generales. Consideremos algunas etapas de la siguiente disputa legal tal como se desarrollaría casi en cualquier país. José Pérez sospecha que Jaime Flores ha venido sosteniendo un romance con su esposa, Juana Pérez, de modo que insulta a Flores y le rompe la nariz. Flores consulta a un abogado, quien presenta una querella legal en contra de Pérez. También Pérez consulta un abogado, quien se pone en contacto con el abogado de Flores, y los dos abogados

tratan de arreglar la disputa. Si fracasa el arreglo buscado, la disputa sigue por una serie de pasos legales que conducen a un juicio donde se incluye la contestación del abogado de Pérez a la querella, una audiencia previa con un juez y el intercambio de información acerca del caso entre los dos abogados. Si nuevas negociaciones no logran arreglar la disputa, se seguirá el juicio, al final del cual cualquiera de las partes podrá optar por apelar la decisión ante un tribunal superior.

FIGURA X.1. *Etapas de una disputa legal*



Como lo ilustra este ejemplo, una disputa legal completa tiene las etapas descritas en la figura X.1, cualesquiera que sean las cuestiones sustantivas.

Explicaremos brevemente el procedimiento en cada uno de estos ejemplos en la figura X.1.

EJEMPLO 1

En respuesta a un anuncio publicado en una revista, de "un medio seguro para exterminar saltamontes", un agricultor envía $25 por correo y recibe a cambio dos bloques de madera con estas instrucciones: "Coloque al saltamontes en el Bloque A y aplástelo con el Bloque B". La presentación de una querella legal le costará al agricultor mucho más que los $25 que perdió. El agricultor consulta a un abogado para determinar si tiene un remedio legal que sea económicamente viable.

A fin de demandar, el demandante debe tener una "acción", la cual por lo general consiste en el daño causado por el demandado, para el que la ley provee un remedio. En el ejemplo 1, el daño es la pérdida de $25, más las pérdidas adicionales por haber confiado en el anuncio falso. No todos los demandantes

con una acción pueden demandar convenientemente. En el ejemplo 1 se plantea este interrogante: "¿Cuándo conviene iniciar un juicio?" Contestaremos esta pregunta calculando el valor que espera obtener el demandante de presentar una reclamación legal.

EJEMPLO 2

Algunos consumidores demandan alegando que los motores de sus automóviles fueron destruidos por un aditivo defectuoso. El fabricante del aditivo desearía arreglar la disputa antes de ir a juicio y que los periódicos se enteren del asunto. A fin de decidir cuánto dinero ofrecerá como arreglo, el abogado del fabricante pide al juez que requiera al abogado de los consumidores para que revele toda la información disponible acerca de la causa y la extensión del daño causado a los automóviles.

La mayoría de los sistemas legales requieren que las partes revelen algo de su información privada (hechos conocidos por una de las partes de la disputa y desconocidos por la otra parte) antes de ir al juicio. En el sistema legal estadunidense, las partes intercambian mucha información antes del juicio en un proceso conocido como "descubrimiento previo al juicio". En el sistema usado en Alemania y otros países europeos, las partes intercambian información en la "rendición de pruebas" que ocurre en la primera etapa de un juicio. El ejemplo 2 (el aditivo de combustible defectuoso) sugiere que la revelación obligatoria de la información privada promueve los arreglos. Utilizaremos la teoría de juegos para verificar esta proposición.

EJEMPLO 3

Juana Pérez quiere divorciarse de su esposo José. Los cónyuges no se ponen de acuerdo sobre la forma en que se dividirán el valor de su casa. Cuando fracasa la negociación entre sus abogados, el juez considera si los obligará a consultar a un mediador profesional antes de proceder al juicio.

A menudo los críticos se quejan de que la formalidad de los juicios aumenta el costo de la resolución de las disputas. El ejemplo 3 (divorcio) plantea la pregunta de si algunos procesos informales, como la mediación obligatoria, podrían mejorar los procedimientos legales formales. Con el fin de responder esta pregunta, utilizaremos la teoría de juegos para explicar por qué a veces triunfa la negociación y por qué a veces fracasa.

EJEMPLO 4

Un fabricante de Los Ángeles afronta grandes responsabilidades por haber arrojado desechos peligrosos en 1965. El fabricante demanda al asegurador de Londres que le vendió su póliza en 1965. El asegurador niega que la póliza del seguro cubra la pérdida. El fabricante puede demandar al asegurador en Los Ángeles o en Londres. En Los Ángeles, cada parte paga sus propios costos legales, mientras que en Londres el perdedor paga los costos legales del ganador. El fabricante pregunta a su abogado cómo debería influir la asignación de los costos legales sobre su elección del lugar del juicio.

Diferentes sistemas legales asignan los costos de los juicios de manera distinta, y los extremos son las reglas de "cada quien paga lo suyo" y "el perdedor paga todo", con referencia a los costos legales (la "regla inglesa"). El ejemplo 4 (los desechos peligrosos) pregunta si una de estas reglas favorece especialmente a los demandados. A fin de contestar este interrogante, consideraremos los incentivos creados por diversas asignaciones de los costos legales.

EJEMPLO 5

Alguien se tira un clavado en una alberca y se golpea la cabeza en el fondo. El nadador demanda al dueño de la alberca por no haber colocado avisos que previnieran que la alberca es muy poco profunda para tirarse clavados, y el dueño contesta que la víctima debería haber comprobado la profundidad del agua antes de tirarse el clavado. En el juicio, el tribunal aplica la regla de la negligencia con una defensa de negligencia contributiva, y el dueño de la alberca evita la responsabilidad. El demandante se pregunta si apelará la sentencia y pedirá al tribunal que se aparte del precedente y aplique la regla de la negligencia comparativa.[1]

Por último, el ejemplo 5 plantea la interrogante de si los jueces deben crear nuevas reglas para decidir los casos. Más adelante explicamos que esta pregunta está estrechamente relacionada con la cuestión de si el derecho común evoluciona hacia reglas económicamente eficientes.

1. El objetivo del proceso legal: Minimización de los costos sociales

¿Es el proceso legal innecesariamente complicado y caro, como sostienen algunos críticos? La evaluación de diferentes reglas y prácticas procesales requiere una medición de los costos sociales. En el capítulo VI vimos que una medida simple del costo social de los accidentes ofrece una guía útil para analizar el derecho de los ilícitos culposos. De igual modo, una medida simple de los costos sociales del proceso legal provee una guía útil para analizar las reglas y las prácticas procesales. Para desarrollar una medida simple, pensemos en las reglas procesales como instrumentos para la aplicación del derecho sustantivo. La utilización de los instrumentos cuesta algo que, siguiendo el capítulo VI, llamaremos "costos administrativos". Los costos administrativos son la suma de los costos para todos los involucrados al pasar por las etapas de una disputa legal, tales como los costos de la presentación de una demanda legal, el intercambio de información con la otra parte, la negociación en un intento de resolver, litigar y apelar. Además, el uso de estos instrumentos provoca a veces algunos errores en la aplicación del derecho sustantivo. Por ejemplo, podría considerarse responsable a la parte inocente, y podría considerarse responsable a la parte culpable pero por una cantidad incorrecta. Los errores distorsionan los incentivos e imponen diversos costos a la sociedad. Nuestra medida más simple de los costos sociales, denotados por CS, combina los costos administrativos, denotados por c_a, y los costos de los errores, denotados por $c(e)$. *Suponemos que*

el objetivo económico del derecho procesal es minimizar la suma de los costos administrativos y los costos de los errores:

$$\text{mín } CS = c_a + c(e) \qquad \text{(X.1)}$$

Por ejemplo, supongamos que las partes se ponen de acuerdo extrajudicialmente en los mismos términos que se habrían obtenido en el fallo del tribunal si el caso hubiese sido juzgado. Dado que los resultados del arreglo o del juicio son los mismos por hipótesis, los costos del error (si hay un error) en el arreglo son iguales a los costos del error en el juicio. Sin embargo, los costos administrativos del arreglo son mucho menores que los de un juicio. En consecuencia, el arreglo ahorra costos sociales. En general, los arreglos que igualan los resultados de los juicios reducen los costos sociales de la resolución de las disputas.

Por comparación con los costos administrativos, los costos de los errores son más difíciles de entender y de medir, porque la medición de un error requiere una norma de perfección. Para obtener una norma de perfección consideremos la información que poseen los tribunales. En realidad, los tribunales tienen información imperfecta, lo que los lleva a cometer errores cuando aplican el derecho sustantivo. Pero a medida que mejora la información, los tribunales cometen menos errores. Como experimento mental, imaginemos un tribunal que posee una información perfecta acerca de los hechos y el derecho para todos los casos que debe decidir. Ese tribunal no comete errores jamás. Nunca concluye que el demandante causó el daño cuando el demandante no lo causó, o que el demandante no lo causó, cuando sí lo hizo; nunca concluye que el demandante fue negligente cuando no lo fue, o que el demandante no lo fue cuando sí lo fue; y siempre adjudica el monto correcto del pago de daños. En resumen, toma las decisiones ideales en relación con el derecho existente. Llamaremos a tal decisión el fallo con la información perfecta y la denotaremos por f^* .

La diferencia entre el fallo de información perfecta, f^* , y el fallo efectivo, f, *es igual a la extensión del error del tribunal acerca de los daños:* $e = f^* - f$. Ilustrando con el ejemplo 2, vemos que el fallo con la información perfecta, f^* , podría otorgar al dueño de un automóvil el costo exacto de la reposición del motor destruido por un aditivo defectuoso, que es igual, digamos, a $2 500. Si el fallo efectivo f es igual a $2 000, la extensión del error será igual a $f^* - f$ = $500. (Como hemos señalado, existen desviaciones de un fallo de información perfecta distintas del error en el cálculo del pago de daños. Muchas de esas otras desviaciones se pueden expresar como errores en el pago de daños. Por ejemplo, si el demandado se debía haber declarado inocente, pero se declaró responsable y se evaluaron los daños, entonces $f^* = 0$, y los costos del error son iguales a $-f$. Y si el demandante debía haber ganado y recibido f^* , pero el tribunal excusó al

acusado de la responsabilidad por error y, por lo tanto, no otorgó al demandante el pago de daños, entonces los costos del error son iguales a f^* .)

Sin embargo, la extensión del error es necesariamente igual a su costo social. El costo social de un error depende además de las distorsiones que cause en los incentivos. Por ejemplo, si la compensación perfecta es igual a $2 500 y la compensación efectiva es igual a $2 000, el error de $500 podría hacer que el fabricante de aditivos redujera su control de calidad. La reducción del control de calidad ahorra al fabricante, digamos, $1 000 y causa, digamos, otros $10 000 de pérdidas para los dueños de automóviles. En este ejemplo, el costo social del error es igual a la pérdida neta de $9 000 derivada del menor control de calidad: c($500) = $9 000.

En el resto de este capítulo modelaremos cada una de las etapas del proceso legal, mostraremos los efectos de incentivo de diferentes reglas y prácticas procesales, y evaluaremos las alternativas en términos de los costos sociales. En general, los costos sociales de los errores son difíciles de medir. En consecuencia, evitaremos las conclusiones que dependan de mediciones precisas del error.

PREGUNTA X.1

Supongamos que se aplica la regla legal siguiente al ejemplo 1 (el "exterminador de saltamontes"): "El incumplimiento del contrato derivado de anuncios falsos genera una responsabilidad igual a dos veces el monto de los gastos efectivos del consumidor que confió en la promesa". Dada esta regla, ¿cuál es el fallo con información perfecta?

PREGUNTA X.2

¿Por qué un juicio es económicamente inferior a un arreglo en los mismos términos que el fallo judicial esperado?

NOTA WEB X.1

A menudo los abogados enfrentan grandes críticas. Más adelante nos ocuparemos muy brevemente de algunas de ellas. Véase en nuestro sitio web una reseña de cierta literatura interesante sobre los costos efectivos de la justicia en los Estados Unidos y los honorarios de los abogados.

2. ¿POR QUÉ DEMANDAR?

La mayoría de las disputas privadas no se resuelven en los tribunales. (Un cálculo frecuente es que 5% del total de las disputas va a juicio.) Por lo general, los tribunales intervienen cuando la parte perjudicada les pide un remedio. La presentación de una demanda marca el inicio de este proceso formal. Estos hechos nos llevan a preguntar: "¿Por qué demandar?" Explicaremos la respuesta que la teoría de juegos da a este interrogante.

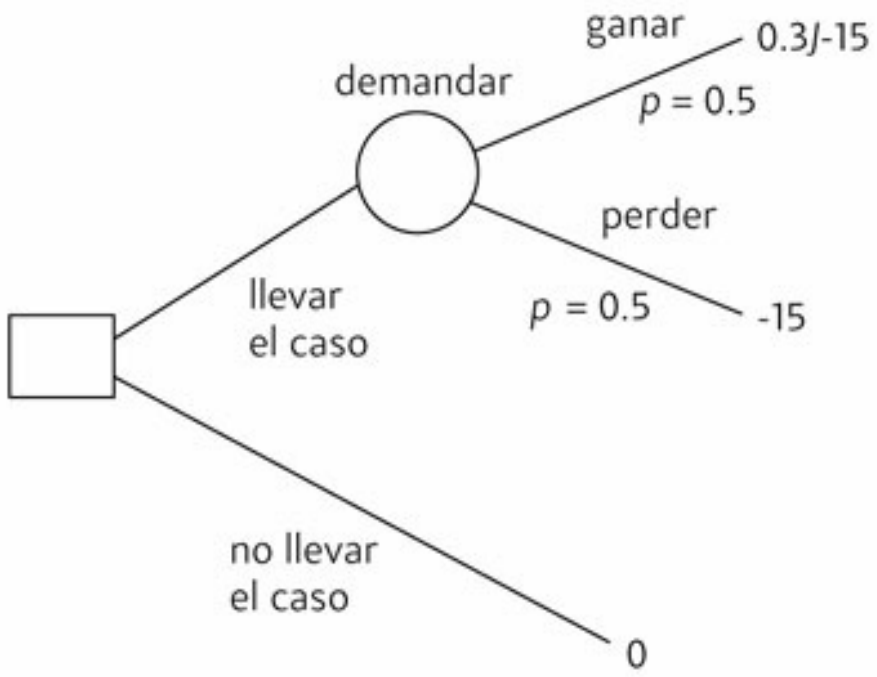
A. *Árboles de decisión*

Un cliente le solicita a un abogado que lleve su caso y ofrece pagar el 30% del fallo del tribunal como honorarios del abogado. Si gana el demandante y el fallo del tribunal es *f*, el abogado obtendrá 0.3*f*. Supongamos que la probabilidad de que el demandante gane, si se va a juicio, es de 0.5. Si el demandante pierde, el abogado obtiene 0. El abogado calcula que el tiempo que pasará atendiendo el caso vale 15. ¿Cuál es el valor más bajo del fallo del tribunal en el que el abogado espera obtener una ganancia al llevar el caso? La respuesta es 100. Quizás pueda intuir la respuesta o quizás no. En cualquier caso, la respuesta correcta es fácil de calcular utilizando el árbol de decisión en la figura X.2.

Tradicionalmente, en el árbol los círculos representan las probabilidades y los cuadrados representan las decisiones. El valor esperado de llevar el caso es igual a 0.5 (3*f* - 15) + 0.5(-15). El abogado debe llevar el caso si el valor esperado de hacerlo es positivo. El punto de inflexión cuando se lleva el caso es el fallo que hace que el valor esperado sea cero: 0.5(3*f* - 15) + 0.5(-15) = 0. Al resolver esta ecuación obtenemos *f* = 100. Por lo tanto, el abogado deberá llevar el caso si espera que el fallo sea igual o mayor a 100.

A continuación presentamos un ejemplo un poco más difícil de un árbol de decisión. Supuestamente, una empresa causa un daño a un consumidor por 100. El consumidor ofrece un arreglo para resolver la disputa de 50. Si la empresa se niega, se enfrentará a una demanda que le costará 10 por la litigación. Si la empresa pierde en el juicio, tendrá que pagar 100 al consumidor. ¿cuál es la probabilidad más baja de que gane el consumidor, en la que la empresa espera ganar al llegar a un arreglo en el caso?

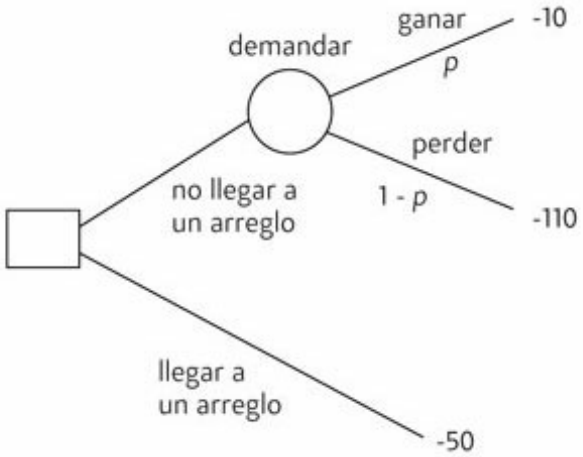
FIGURA X.2.



Si las partes no llegan a un arreglo van a juicio, y el demandante gana o pierde (figura X.3). Si p indica la probabilidad de que el demandante gane, entonces la probabilidad de que el demandante pierda debe ser igual a $(1 - p)$. Por lo tanto, la ganancia esperada de la empresa si "no llega a un arreglo" es igual a $-10p - (110)(1 - p)$, y la ganancia derivada del arreglo es igual a -50. A fin de encontrar la probabilidad de ganar en el juicio, que es el punto de inflexión para llegar a un arreglo en el caso, iguale lo anterior a esto último y resuelva para p:

$$-10p - (110)(1 - p) = -50 \Rightarrow p = 0.6.$$

FIGURA X.3.



La empresa debe rechazar el arreglo si espera ganar con una probabilidad al menos tan alta como 0.6.

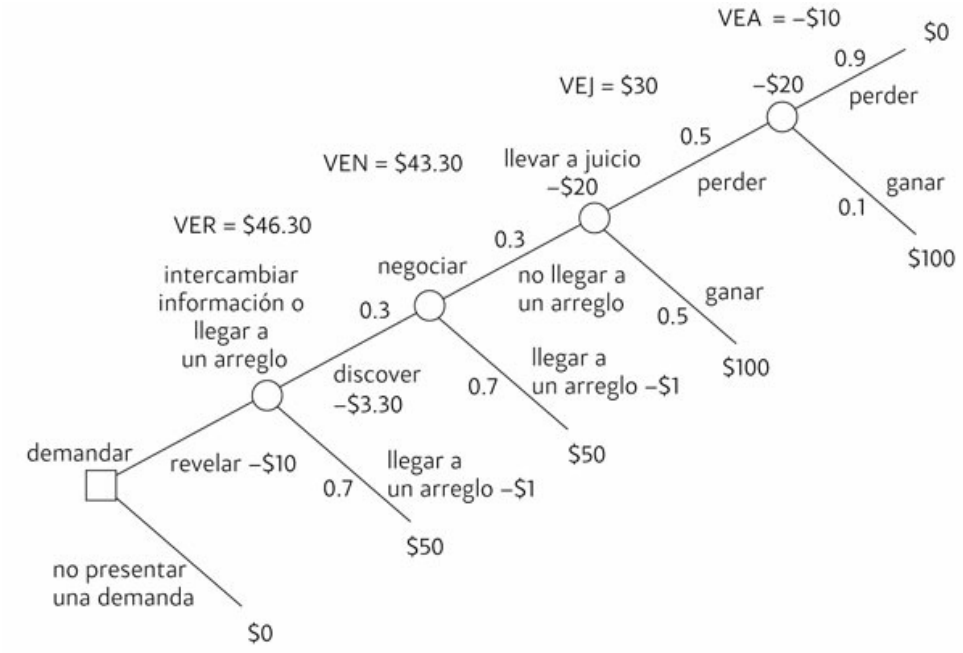
En muchas circunstancias, el uso de un árbol de decisión ayuda significativamente a aclarar la elección correcta, especialmente cuando la decisión se vuelve más complicada, como en la siguiente sección.

B. *Cálculo del valor de una reclamación legal*

Para presentar una reclamación, en general el demandante debe contratar a un abogado y pagar honorarios de presentación al tribunal. La presentación de una reclamación crea una reclamación legal. Para decidir si le conviene iniciar un juicio, un demandante racional compara el costo de la reclamación y el valor esperado de la reclamación legal. El valor esperado de la reclamación legal (*VER*) depende de lo que el demandante crea que ocurrirá desde que presente una reclamación. La figura X.1 representa los sucesos posibles. Para decidir si presentará una reclamación, el demandante racional debería asignar probabilidades y ganancias a estos sucesos. Supongamos que el demandante, con la ayuda de un abogado, asigna las probabilidades y las ganancias a estos sucesos tal como se representa en la figura X.4a. (En esa figura reducimos los

números por debajo de los niveles realistas para simplificar la aritmética.)

FIGURA X.4 A. *Valor esperado de una reclamación legal*



Antes de hacer los cálculos, debemos explicar nuestros supuestos acerca de quién paga los costos legales. En los Estados Unidos, casi siempre cada parte paga sus propios costos legales. En Europa (y gran parte del resto del mundo), por lo general el perdedor paga la mayor parte de los costos legales del ganador.[2] Simplificando, la regla estadunidense es "cada quien paga lo suyo", y la regla europea es "el perdedor paga todo". En general, las dos reglas requieren dos formas ligeramente diferentes para calcular el valor de una reclamación legal. La regla europea es más complicada desde el punto de vista analítico, porque hace que la distribución de los costos dependa de quién gane. En consecuencia, desarrollaremos nuestro ejemplo en primer término suponiendo que cada parte paga sus propios costos legales y consideraremos más adelante las consecuencias de que el perdedor pague los costos legales de ambas partes. Sin embargo, a fin de no distraer a los lectores de países donde el perdedor paga todo, manipulamos las cifras de nuestro ejemplo particular de tal modo que "cada quien paga lo suyo" y "el perdedor paga todo" generan exactamente las mismas decisiones. Los números particulares del ejemplo siguiente se construyen de tal modo que ambas reglas dan las mismas respuestas.

A fin de calcular los valores esperados en una secuencia de sucesos, empezamos por el último suceso posible, que es la "apelación" en la figura X.4a, y retrocedemos hacia el primer suceso, que es la decisión de presentar una reclamación.[3] Utilizaremos este método para calcular el valor esperado de la reclamación legal en cada paso del proceso legal. Supongamos que cada parte

paga sus propios costos legales. Según la figura X.4a, el demandante que ha perdido en el juicio debe pagar $20 para apelar el fallo. En la apelación, el demandante puede ganar $100 con una probabilidad de 0.1 y perder con una probabilidad de 0.9. Por lo tanto, el valor esperado de la apelación (*VEA*) es igual a —$10:

$$VEA = 0.1(\$100) + 0.9(\$0) - \$20 = -\$10.$$

En virtud de que el valor esperado de la apelación es negativo, el demandante racional que pierde en primera instancia no apelará el caso. (Adviértase que si se cambiara la regla, de "cada quien paga lo suyo" a "el perdedor paga todo", el valor esperado del juicio bajaría aún más; por lo tanto, la decisión de no apelar subsiste bajo la regla estadunidense o la regla europea.)

Habiendo calculado el valor esperado de la apelación (segunda instancia), podemos calcular ahora el valor esperado del primer juicio (primera instancia). Según la figura X.4a, el demandante que no pudo llegar a un arreglo extrajudicial mediante la negociación deberá pagar $20 para ir a juicio. En el juicio, el demandante puede ganar $100 con una probabilidad de 0.5 y perder con una probabilidad de 0.5. Si el demandante pierde, no apelará el fallo y por lo tanto recibirá una ganancia igual a $0. Combinamos estas cifras para obtener el valor esperado del primer juicio (*VEJ*):

$$VEJ = 0.5(\$100) + 0.5(\$0) - \$20 = \$30.$$

(Confirme usted mismo que, suponiendo que los costos de litigación del demandado son los mismos que los costos de litigación del demandante, *VEJ* sigue siendo el mismo según la regla europea y según la regla estadunidense.)[4]

Habiendo calculado el valor esperado del primer juicio, podemos calcular ahora el valor esperado de la negociación para llegar a un arreglo extrajudicial antes de ir al juicio. De acuerdo con la figuraX.4a, el demandante que completó el proceso de intercambiar información con el demandado puede negociar un arreglo extrajudicial con una probabilidad de éxito igual a 0.7. Si la negociación tiene éxito, el demandante se arreglará por $50 y pagará costos de arreglo de $1. La negociación fracasa con una probabilidad de 0.3, en cuyo caso el demandante se irá al juicio, cuyo valor esperado es de $30. Combinamos esas cifras para obtener el valor esperado de la negociación del arreglo (*VEN*):

$$VEN = 0.7(\$50 - 1) + 0.3(\$30) = \$43.30.$$

Dado que el valor esperado de la negociación del arreglo es positivo, el demandante que llega a esta etapa negociará. Habiendo calculado el valor esperado de la negociación, ahora podemos calcular el valor esperado de la reclamación legal cuando se presenta la demanda. Una vez presentada la

demanda, las partes pueden llegar a un arreglo. Según la figura X.4a, el demandante llegará de inmediato a un arreglo con una probabilidad de 0.7, en cuyo caso recibirá $50 y pagará $1 por concepto de costos del arreglo. Alternativamente, el demandante deja de llegar a un arreglo con una probabilidad de 0.3 y procede a intercambiar información con el demandado, lo que cuesta $3.30. Después de intercambiar información, las partes continúan negociando. Ya hemos calculado el valor esperado de la negociación: $43.30. Combinamos estas cifras para obtener el valor esperado de la reclamación legal cuando el demandante inicia el juicio presentando la demanda (*VER*):

$$VER = 0.7(\$50 - 1) + 0.3(\$43.30 - \$3.30) = \$46.30.$$

En Alemania y en otros países de Europa la revelación no ocurre antes del inicio de un juicio. Más bien, la primera fase de un juicio se ocupa de la "presentación de pruebas" (*beweisverfahren*), donde las partes presentan pruebas en apoyo de los hechos básicos del caso. Para los fines de la computación del valor de una reclamación a partir del árbol de decisión, la revelación y la presentación de pruebas son la misma cosa. (En un análisis más específico deberán tomarse en cuenta algunas diferencias importantes entre ambos conceptos.)[5]

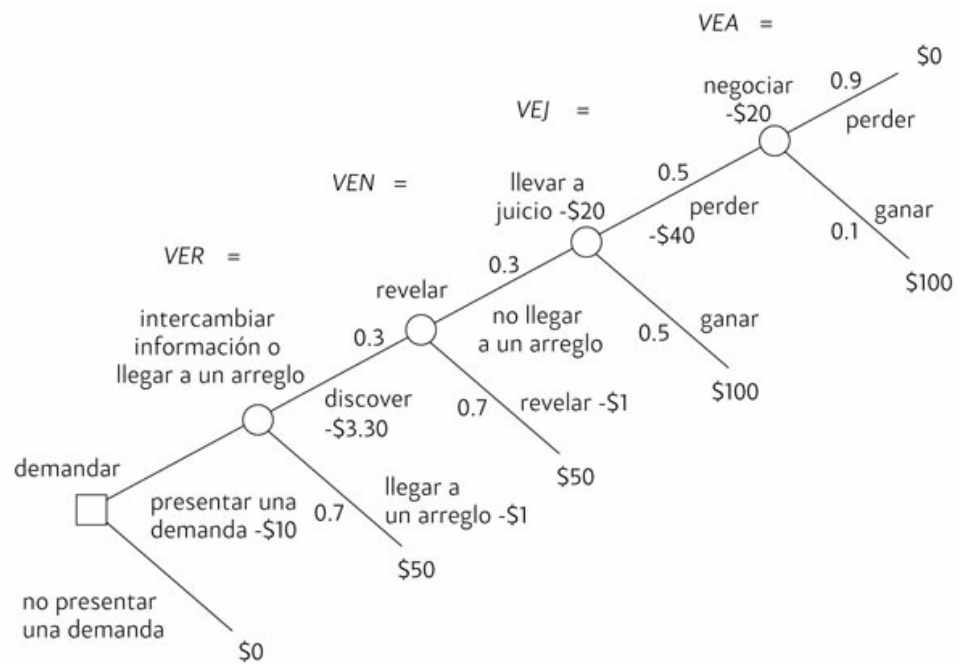
Los costos de presentación de la demanda (*CP*) incluyen los costos de la contratación de un abogado, la redacción de la demanda y el pago de los honorarios de la presentación cobrados por el tribunal. Según la figura X.4a, los costos de presentación de la demanda ascienden a $10. Después de presentada la demanda, el demandante espera recibir el valor de la reclamación en el momento de la presentación (*VER*), que es igual a $46.30. Por lo tanto, la ganancia neta esperada de la presentación de la demanda es igual a $46.30 — $10 = $36.30. El demandante racional presentará una demanda si su ganancia neta esperada es positiva:

$$\begin{aligned} &VER \geq CP \rightarrow \text{presentar la demanda legal;} \\ &VER < CP \rightarrow \text{no presentar la demanda legal.} \end{aligned} \qquad \text{(X.2)}$$

Por lo tanto, el demandante racional de la figura X.4a presentará una demanda.

¿Qué diremos del demandado? Cuando el demandante presenta una demanda, el demandado debe contestarla. Para calcular la mejor respuesta, un demandado racional deberá resolver un problema similar al problema del demandante representado en la figura X.4a. El problema de decisión del demandado consiste en minimizar el costo esperado de su responsabilidad legal. En virtud de que el problema de decisión del demandado es paralelo al problema de decisión del demandante, no analizaremos aquí explícitamente.[6]

FIGURA X.4 B.



PREGUNTA X.3

Cuando se parte del último suceso posible hacia el primer suceso posible, decimos que se está resolviendo un problema "recursivamente". El árbol de la figura X.4b es idéntico al de la figura X.4a, excepto que los costos del juicio para el demandante ascienden a $40 en lugar de $20, y el arreglo es por $51 en lugar de $50. Encuentre recursivamente los valores esperados de la reclamación legal llenando los huecos en cada etapa del árbol siguiente. ¿Cuál es el beneficio neto esperado del demandante que presenta una reclamación legal en este caso?

PREGUNTA X.4

En Europa, la parte que pierde el juicio paga los costos de litigación del ganador. Supongamos que el demandante de la figura anterior paga costos de litigación de $40 si pierde el juicio, y el demandante paga costos de litigación de $0 si gana. Calcule de nuevo los valores esperados de la reclamación legal de acuerdo con este supuesto.

3. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Habiendo analizado la presentación de una reclamación, consideremos ahora la etapa siguiente de una disputa legal, de acuerdo con la figura X.1 —el intercambio de información entre las partes—.

A. *Las malas noticias son buenas para el arreglo*

Una vez que el demandante reclama y el demandado contesta, las dos partes tratan de resolver su disputa antes de llegar a un juicio. ¿Por qué algunas reclamaciones acaban en un juicio en lugar de en un arreglo? A primera vista

parecería que los juicios, siendo costosos, sólo ocurrirían cuando alguien se comportara irracionalmente. Como ocurre con muchas primeras impresiones, ésta es errada. La teoría de juegos explica por qué los negociadores racionales muchas veces no lograr arreglar sus disputas y terminan en un juicio. Hay varias líneas de argumentación, pero la explicación más sencilla es que los juicios ocurren porque las partes tienen expectativas diferentes acerca del valor de un juicio: el demandante espera una condena grande en el juicio, mientras que el demandado espera no ser declarado responsable o una condena pequeña. En estas circunstancias, las partes se sienten relativamente optimistas. Debido a ese optimismo relativo, el demandante pide un arreglo grande y el demandado ofrece un arreglo pequeño, de modo que no pueden ponerse de acuerdo sobre los términos del arreglo extrajudicial.

Para ejemplificar este hecho concretamente, supongamos que un autobús atropella a un peatón. La compañía transportista admite la culpa, pero las partes no se ponen de acuerdo sobre los daños. La compañía transportista cree que el peatón sufrió lesiones menores, de modo que predice que un juicio le costará $1 000 y terminará con una condena de $1 500, lo que se traducirá en un costo total de $2 500. El peatón, quien sufrió en efecto una lesión grave que requirió cirugía, predice que un juicio costará $1 000 y terminará con una condena de $15 000, de modo que obtendrá una ganancia neta de $14 000. *Si el valor esperado del demandante en lo tocante al fallo del juicio supera al valor esperado del demandado en lo tocante al fallo del juicio, decimos que las partes se sienten relativamente optimistas*.

El falso optimismo de la compañía transportista acerca del juicio la llevará a rechazar todo arreglo en términos aceptables para el peatón. Por lo general, el demandante rechaza una oferta del demandado que sea menor al valor esperado de la reclamación legal.[7] Para ilustrar con el ejemplo precedente, el demandante rechazará una oferta de arreglo por menos de $14 000. (Podemos profundizar en este argumento utilizando la solución de la negociación de Nash del capítulo IV.[8])

Pasando del demandante al demandado, la oferta del demandado refleja el valor esperado de su responsabilidad legal. En general, el demandado rechaza una demanda que supere al valor esperado de la responsabilidad legal. Para ilustrar con el ejemplo precedente, el demandado rechazará una demanda de arreglo por más de $2 500.

El optimismo relativo acerca del juicio dificulta el arreglo extrajudicial. En cambio, el pesimismo relativo facilita el arreglo. Revisemos las cifras del ejemplo del autobús y el peatón para reflejar un pesimismo relativo en lugar de un optimismo relativo. Supongamos como antes que un autobús atropella a un peatón, la compañía transportista admite la culpa y las estimaciones de los daños por las dos partes divergen reflejando un pesimismo acerca del juicio. La compañía transportista, que sabe que el peatón fue sometido a cirugía, cree que

un juicio le costará $1 000 y terminará con una condena de $15 000, de modo que su costo total ascenderá a $16 000. El peatón sabe que la cirugía corrigió una deficiencia preexistente, no una lesión causada por el accidente. Por lo tanto, el peatón predice que un juicio costará $1 000 y terminará con una condena de $1 500, de modo que obtendrá una ganancia neta de $500. El falso pesimismo de la compañía transportista acerca de un juicio la llevará a aceptar una oferta de arreglo de, digamos, $10 000, una suma que supera ampliamente lo que el peatón cree que obtendrá en un juicio. Mientras que la compañía transportista continúe ignorando los hechos, el caso debería arreglarse extrajudicialmente.

En muchos juicios, el demandado sabe menos que el demandante acerca de la extensión del daño, y el demandante sabe menos que el demandado acerca de la extensión de las precauciones tomadas por el demandado contra el accidente. Si el demandado sobreestima los daños del demandante, y éste sobreestima la precaución del demandado, ambas partes serán relativamente pesimistas, de modo que el arreglo será fácil. En cambio, si el demandado subestima los daños del demandante, y éste subestima las precauciones del demandado, ambas partes serán relativamente optimistas, de modo que el arreglo será difícil.

El valor esperado de la reclamación legal es diferente entre las partes porque hay una información privada, es decir, una información valiosa (que los abogados llaman "información relevante") que posee una de las partes pero la otra no. Cuando el optimismo relativo impide inicialmente que las partes lleguen a un arreglo extrajudicial, quizá puedan corregir el optimismo relativo antes del juicio y llegar a un arreglo. Para corregir el optimismo relativo, una parte le da a otra algunas "noticias" —información que el destinatario no conocía antes—. La noticia es "mala" si hace que el destinatario espere un resultado peor en el juicio. En otras palabras, la transmisión de malas noticias es buena para los arreglos.

B. *Las malas noticias son gratis*

Las partes de una disputa legal intercambian cierta información privada voluntariamente, sin que la ley lo requiera. El intercambio voluntario de información ocurre informalmente a través de discusiones entre las partes, y también ocurre formalmente cuando el juez celebra una audiencia previa al juicio en la que se pide a las partes que discutan sus posiciones en la disputa. En la primera etapa de un juicio europeo, cuando el demandante presenta pruebas en apoyo de la reclamación y el demandado responde a esas pruebas, las partes intercambian información ante el juez. En los Estados Unidos, por lo general el intercambio de información entre las partes antes del juicio no ocurre ante el juez.

Además del intercambio voluntario de información, cierta transmisión de la información es obligatoria. Por ejemplo, la ley puede requerir que la parte que formula una reclamación le diga a la otra parte lo que probará en el tribunal en

caso de que se vayan a juicio. En los Estados Unidos, la ley obliga a cada una de las partes a contestar las preguntas de la otra parte acerca del caso. Esta práctica se llama descubrimiento, porque una parte tiene derecho a descubrir ciertos hechos que conoce la otra parte. En cambio, en Europa el juez puede solicitar a las partes cualquier información relevante, pero las partes tienen una capacidad limitada para hacer preguntas por su cuenta.

Formularemos dos preguntas acerca de la relación existente entre la transmisión de información voluntaria y la transmisión involuntaria. Primero, "¿Promueve la transmisión voluntaria de información los arreglos extrajudiciales?" Segundo, "¿La transmisión involuntaria de información promueve más arreglos que los logrados mediante la transmisión voluntaria?"

En general, *las partes tienden a revelar información voluntariamente, antes del juicio, a fin de corregir el optimismo relativo de la otra parte, promoviendo así los arreglos*. En otras palabras, las malas noticias son gratis. Para ver por qué, volvamos al ejemplo en el que un autobús atropella a un peatón, la compañía transportista admite la culpa y cree erradamente que el peatón sufrió una lesión menor. La compañía transportista predice incorrectamente que un juicio le costará $1 000 y terminará con una condena de $1 500, mientras que el peatón predice correctamente que un juicio costará $1 000 y terminará con una condena de $15 000. Un arreglo podría ahorrar a cada parte $1 000 en costos judiciales. Sin embargo, el falso optimismo de la compañía transportista acerca de un juicio la llevará a rechazar cualquier arreglo en términos aceptables para el peatón. Conociendo estos hechos, el peatón tiene un incentivo para corregir el falso optimismo de la compañía transportista revelando la extensión de las lesiones. Actuando así, es probable que el peatón permita que las partes lleguen a un arreglo y se ahorren los costos de un juicio, lo que beneficiará a ambas. De este modo, el peatón podría proveer registros médicos voluntariamente para probarle a la compañía transportista que el accidente le causó lesiones graves.

Enunciaremos de manera más abstracta la conclusión de este ejemplo. Como se explicó antes, los juicios ocurren cuando las partes se sienten relativamente optimistas acerca de su resultado, de modo que cada parte prefiere un juicio a un arreglo en términos aceptables para la otra parte. Cuando las partes son relativamente optimistas, por lo menos una de ellas está mal informada. La transmisión de información antes del juicio, que reduzca el optimismo relativo, promoverá los arreglos. Además, al revelar información privada para corregir el falso optimismo de la otra parte, la parte que transmite información aumenta la probabilidad de llegar a un arreglo en términos más favorables. Por lo tanto, la eficiencia (el ahorro de los costos del juicio) y la redistribución (el fortalecimiento de su posición negociadora) proveen incentivos para la revelación voluntaria de hechos que corrijan el falso optimismo de la otra parte.

De igual modo, *las partes tienden a ocultar información que corregiría el pesimismo relativo de la otra parte y así promueven los arreglos*. Para ver por

qué, volvamos al ejemplo precedente, pero supongamos que la creencia errada de la compañía transportista es pesimista: la compañía transportista, que sabe que el peatón fue sometido a cirugía y erróneamente atribuye su causa al accidente automovilístico, estima que un juicio le costará $1 000 y terminará con una condena de $15 000, mientras que el peatón, quien sabe que la cirugía corrigió una deficiencia preexistente, predice que un juicio le costará $1 000 y terminará con una condena de $1 500. El falso pesimismo de la compañía transportista acerca de un juicio la llevará a aceptar un ofrecimiento de arreglo muy superior a lo que ganaría el peatón en un juicio. Mientras que la compañía transportista siga ignorando los hechos, la disputa se arreglará extrajudicialmente. Conociendo estos hechos, el peatón tiene un incentivo para ocultar información acerca del verdadero alcance de las lesiones.

Hemos explicado que la transmisión voluntaria de información tiende a corregir el falso optimismo sin corregir el falso pesimismo, lo que promueve los arreglos extrajudiciales. Hablamos de "tendencias" y no de "certezas", porque las expectativas son parcialmente lógicas y parcialmente psicológicas. Las partes en una disputa deben adivinar qué información ha retenido el otro, y de hecho pueden ocurrir varias posibilidades.

Veamos ahora la revelación involuntaria, que ocurre cuando una de las partes descubre información ocultada por la otra parte. Como se explicó antes, la información ocultada es la imagen invertida de la información voluntariamente revelada: las partes ocultan información que corregiría el falso pesimismo de la otra parte. Al ser obligatoria, el descubrimiento tiende a revelar la información que estaba oculta, corrigiendo así el falso pesimismo. La corrección del falso pesimismo disminuye la probabilidad de que alguien haga concesiones innecesarias en la negociación. En general, *las partes tienden a descubrir información que corrige su pesimismo relativo, lo que las lleva a exigir mejores términos para llegar a un arreglo extrajudicial.*

Por ejemplo, volvamos al caso de la compañía transportista que cree incorrectamente que un juicio terminará en una condena grande, mientras que el peatón sabe que un juicio terminará con una condena pequeña. El falso pesimismo de la compañía transportista acerca de un juicio la llevará a aceptar un ofrecimiento de arreglo muy superior a lo que obtendría el peatón en un juicio. Si la compañía transportista descubre la verdad, se ahorrará mucho dinero exigiendo mejores términos para un arreglo extrajudicial. Por lo tanto, el peatón no corregirá voluntariamente el falso pesimismo de la compañía transportista, aunque la compañía descubra la verdad mediante preguntas que el peatón está legalmente obligado a responder.

El descubrimiento de información que lleva a alguien a exigir mejores términos vuelve menos probable el arreglo extrajudicial. (Puede haber un efecto contrario que no discutimos.[9])

Resumimos nuestras conclusiones sobre el intercambio de información antes

de un juicio:

revelación voluntaria ⇒ corrige el falso optimismo ⇒ provoca un arreglo;
revelación involuntaria ⇒ corrige el falso pesimismo ⇒ provoca un juicio.

La aversión a la pérdida y al arrepentimiento y los juicios

Una explicación alternativa (o complementaria) para nuestra explicación del optimismo relativo para la litigación es la presencia de la "aversión a la pérdida". Se trata de una concepción del comportamiento en caso de incertidumbre elaborada por Daniel Kahneman y el difunto Amos Tversky sobre la base de un extenso trabajo empírico.* Cuando se toman decisiones que implican riesgo, las personas tienden a "enmarcar" los resultados como ganancias o pérdidas derivadas de su situación actual y tienden a sentir aversión por el riesgo en lo tocante a las ganancias y gusto por el riesgo en lo tocante a las pérdidas. Supongamos que se le plantea a alguien la elección siguiente:

1. una ganancia segura de $50, o
2. una apuesta en la que hay una probabilidad de 0.5 de ganar $100 y una probabilidad de 0.5 de no ganar nada.

Ambas opciones tienen un valor esperado de $50, y la mayoría de las personas prefieren la ganancia segura a la apuesta. Sin embargo, supongamos que se le plantea a alguien la elección siguiente:

1. una pérdida segura de $50, o
2. una apuesta en la que hay una probabilidad de 0.5 de perder $100 y una probabilidad de 0.5 de no perder nada.

Ambas opciones tienen un valor esperado de – $50, y la mayoría de las personas prefieren la apuesta a la pérdida segura.

Al aplicar estas ideas a la litigación, Jeff Rachlinski ha sostenido que los demandantes pueden enmarcar la elección como una entre la ganancia segura de un arreglo y la ganancia probabilística de un juicio exitoso. Si la mayoría de los demandantes sienten aversión por el riesgo, preferirán el arreglo a la litigación. Sin embargo, los demandantes podrían ver la elección como una entre la pérdida segura de un arreglo y la pérdida probabilística de un juicio. En la medida en que la mayoría de los demandados sienten aversión por las pérdidas —es decir, a la búsqueda del riesgo respecto de las pérdidas—, preferirán la litigación al arreglo.[‡]

Chris Guthrie ha sugerido una razón psicológica por la que pueden producirse los arreglos con más frecuencia de la que la lógica podría sugerir.

Los litigantes que llegan a un arreglo nunca sabrán lo que podrían haber obtenido en el juicio; de modo que no sentirán ningún arrepentimiento. Sin embargo, los litigantes que van a juicio podrían arrepentirse si rechazan una oferta de arreglo que fuera mejor que el resultado del juicio. En consecuencia, predijo que muchos litigantes elegirán el arreglo antes que el juicio, a fin de evitar el arrepentimiento. (Véase "Better Settle than Sorry: The Regret Aversion Theory of Litigation Behavior", *University of Illinois Law Review*, 1999, p. 43.)

Sometió a prueba esta hipótesis en dos estudios empíricos en los que los participantes tenían que decidir si llegar a un acuerdo o demandar. Un grupo hizo su elección en una jurisdicción "tradicional", definida como aquella en la que "el litigante no sabrá lo que habría sucedido en el juicio si se llega a un acuerdo en el caso". De este modo, en una jurisdicción tradicional el arreglo excluye la posibilidad del arrepentimiento. El otro grupo hizo su elección en una "jurisdicción de arrepentimiento", definida como aquella en la que "es necesario que el juez, al enterarse de que las partes han llegado a un acuerdo extrajudicial, informe a las partes sobre cuál habría sido su fallo" si hubieran ido a juicio. En una jurisdicción de arrepentimiento, las partes pueden arrepentirse, independientemente de si llegan a un arreglo o si litigan. El decano Guthrie predijo, y lo confirmaron sus estadísticas, que los litigantes en una jurisdicción tradicional llegarían a un arreglo con mayor frecuencia que los litigantes en una jurisdicción de arrepentimiento.

C. *Estados Unidos* vs. *Europa*

Diferentes países y jurisdicciones tienen reglas distintas acerca del descubrimiento. El descubrimiento más extenso y refinado ocurre en los Estados Unidos. Mucho tiempo antes de que se inicie un juicio en dicho país, cada parte debe revelar los argumentos básicos que planea utilizar en el juicio, las pruebas que apoyen tales argumentos, los nombres de los testigos, y la naturaleza general del testimonio que rendirán los testigos. Si no se revelan tales argumentos o pruebas, el juez puede negar su recepción en un juicio. Además, las reglas procesales estadunidenses dan derecho a cada parte a descubrir cualquier prueba que posea la otra parte que sea importante en el caso, como la inspección de objetos físicos, la lectura de documentos y el interrogatorio de testigos. El descubrimiento de hechos nuevos puede alterar radicalmente el curso de la disputa legal.

Al contrario de lo que ocurre en los Estados Unidos, la mayoría de los países europeos tienen escaso o ningún descubrimiento. Varias razones prácticas explican esta diferencia de los procedimientos. En los Estados Unidos, cualquiera de las partes de un juicio tiene un derecho constitucional de solicitar

un juicio por jurados. La obligación de servir en un jurado aleja a sus miembros de sus ocupaciones y otras actividades. El tribunal trata de minimizar la perturbación de las vidas de los jurados haciendo que las partes se preparen extensamente antes del juicio, y procediendo luego del principio al fin del juicio sin interrupción. En cambio, los países europeos raras veces utilizan a los jurados para decidir casos civiles. Las demoras y las interrupciones del procedimiento molestan a los jueces menos que a los jurados, de modo que los juicios europeos se suspenden a menudo y se reanudan varias veces antes de llegar al final. Los juicios estadunidenses son como una obra de teatro que se representa desde el primer acto hasta el acto final, mientras que los juicios europeos son como películas en segmentos con pausas entre ellos.

Otra diferencia se refiere al papel del juez. En la tradición civil europea, el juez asume un papel activo en la elaboración de argumentos y la exploración de las pruebas (llamada "procedimiento inquisitorial"). En efecto, es posible que el juez no permita que los abogados interroguen a los testigos o examinen ciertas pruebas antes del juicio. Los testigos impreparados son más francos y revelan muchos hechos inadvertidamente (pueden "caer en la ingenuidad", como dicen los abogados). En cambio, en la tradición del derecho común, el juez asume un papel más pasivo. En lugar de dirigir el juicio, el juez del derecho común media en una contienda entre abogados contrarios ("procedimiento adversario"). En los Estados Unidos, el juez espera que los abogados desarrollen los argumentos y exploren las pruebas antes de que el caso llegue al juicio. La preparación mejora la calidad de la argumentación y un testigo preparado va directamente a la sustancia de su testimonio.

D. *Minimización de los costos sociales*

Relacionaremos ahora nuestro contraste entre la transmisión de información voluntaria e involuntaria con el objeto de minimizar la suma de los costos administrativos y los costos del error. La transmisión voluntaria de información evita los juicios, y esto ahorra costos administrativos. Además, el intercambio voluntario de información corrige algunos malos cálculos que llevan a los términos de un arreglo a divergir del fallo esperado del juicio. Por lo general, la reducción de la brecha existente entre los términos del arreglo y el fallo esperado del juicio reduce los costos del error. (Más adelante volveremos sobre este punto.) Por lo tanto, *la transmisión voluntaria de información reduce, en general, ambos componentes de los costos sociales: los costos administrativos y los costos del error*.

Los efectos de la transmisión obligatoria de la información sobre los costos sociales son más ambiguos. Consideremos primero el efecto del descubrimiento sobre los costos administrativos. Como se explicó antes, la teoría de juegos no predice generalmente si el descubrimiento alienta o desalienta los arreglos. En el

caso de un juicio, el descubrimiento previo al juicio simplifica a menudo las argumentaciones y las pruebas presentadas durante el juicio. Pero es incierto que el descubrimiento reduzca o no los costos de los juicios en una suma comparable a la del costo del descubrimiento mismo.[10] La investigación actual no nos permite concluir si el descubrimiento reduce o no los costos administrativos.

Veamos ahora los costos del error. Como se explicó antes, el descubrimiento corrige algunos malos cálculos que hacen que los términos de un acuerdo diverjan del fallo esperado del juicio. Puesto que el descubrimiento reduce la brecha existente entre los términos del acuerdo y el fallo esperado en el juicio, concluimos que el descubrimiento por lo general reduce el error.

En resumen, la transmisión involuntaria de información reduce uno de los componentes de los costos sociales (los costos del error), pero es posible que no reduzca al otro (los costos administrativos).

PREGUNTA X.5

El ejemplo 4 del principio de este capítulo se refiere a la cuestión de si un juez debería ordenar que una pareja en trámites de divorcio intente la mediación antes de iniciar un juicio. Supongamos que el falso optimismo causa juicios; entonces, prediga si la mediación obligatoria aumentaría el número de las disputas que se arreglan sin recurrir al juicio.

PREGUNTA X.6

Supongamos que el descubrimiento aumenta el optimismo de los demandantes y así incrementa el valor de sus reclamaciones legales. Explique las consecuencias por lo que toca al número de las reclamaciones presentadas.

PREGUNTA X.7

Los procedimientos de los juicios son formales e implican a muchas personas, mientras que los procedimientos del descubrimiento son relativamente informales e involucran a un número relativamente pequeño de personas. En consecuencia, el descubrimiento de un hecho antes del juicio es más barato que su descubrimiento durante el juicio. Sin embargo, la mayoría de los juicios se evitan mediante un arreglo extrajudicial. Por lo tanto, si las partes posponen el hallazgo de un hecho hasta la iniciación del juicio, podrían ahorrarse el costo por completo. Para apreciar este dilema entre el costo y la certidumbre, consideremos un problema numérico. Sea que x denote la razón del costo del descubrimiento de un hecho durante el juicio al costo del descubrimiento del hecho antes del juicio. Supongamos que la probabilidad de un arreglo extrajudicial es igual a 0.9. ¿Cuán grande deberá ser x para que el costo esperado del descubrimiento del hecho en el juicio supere al costo del descubrimiento antes del juicio?

Abuso del descubrimiento: el proceso es el castigo

Supongamos que usted tiene el poder legal de requerir a alguien para que asuma el gasto de proveerle de suficientes documentos para llenar un carro

de ferrocarril. En las complejas disputas legales estadunidenses, el derecho legal al descubrimiento otorga a veces tales facultades a una de las partes. Una parte puede exigir a la otra que entregue un carro de ferrocarril lleno de documentos, siempre que tales documentos sean relevantes para el juicio y el cumplimiento no sea indebidamente oneroso [*Federal Rules of Procedure*, Regla 26(b)(1)].

Al contrario de lo que ocurre con la ley federal vigente, el análisis económico proporciona una explicación clara del abuso del descubrimiento y su remedio. Desde una perspectiva económica, el abuso ocurre cuando el costo de hacer y cumplir una petición de descubrimiento supera al valor esperado de la información para la parte solicitante. El costo de hacer y cumplir una petición de documentos es igual al costo de formulación de la petición, la localización de los documentos, el examen de todos ellos, y la reproducción y entrega de algunos de ellos. El valor esperado de la información para la parte solicitante es igual al aumento esperado del valor de la reclamación legal causado por las pruebas obtenidas de los documentos.

De acuerdo con el derecho estadunidense actual, el demandante paga la mayor parte del costo de la *petición* de un descubrimiento adicional, y el demandado paga gran parte del costo de su cumplimiento. La externalización de los costos del cumplimiento provee un incentivo para el abuso del descubrimiento. Por ejemplo, supongamos que el demandante gasta $500 en hacer una solicitud de revelación, y que el demandado gasta $2 000 en el cumplimiento. El costo total de la solicitud para ambas partes asciende a $2 500. Supongamos que el demandante espera que la solicitud genere pruebas que incrementen el valor de la reclamación legal en menos de $1 500. En virtud de que el demandante paga $500 para obtener una ganancia esperada de $1 500, tendrá un fuerte incentivo para hacer la solicitud. En virtud de que el costo ($2 500) supera al beneficio esperado ($1 500), la solicitud es abusiva. Así pues, la ley vigente en Estados Unidos otorga fuertes incentivos para el abuso del descubrimiento.

Adviértase que el incentivo para el abuso desaparecería si el demandante tuviera que pagar el costo de la cumplimentación del demandado, internalizando así el costo total de la solicitud de descubrimiento. El descubrimiento ilustra una proposición general: *los individuos pueden usar procedimientos legales para abusar de otros siempre que una de las partes tenga el derecho de solicitar un procedimiento y la otra parte deba pagar una parte del costo del cumplimiento. Además, el desplazamiento del costo del cumplimiento a la parte que haga la solicitud elimina el incentivo existente para el abuso.*

PREGUNTA X.8

El descubrimiento incrementa la deliberación, lo que mejora la calidad de la argumentación. Sin embargo, el descubrimiento reduce la espontaneidad, y las respuestas espontáneas de los testigos son a veces más reveladoras que las respuestas meditadas. ("Cuando esté desesperado, diga la verdad.") Por lo tanto, una teoría económica completa del descubrimiento modelaría el dilema existente entre la meditación y la espontaneidad en la revelación de la verdad. Describa algunas consideraciones que, en su opinión, deberían incluirse en la modelación de este dilema.

4. Negociación de un arreglo

Habiendo analizado el intercambio de información, pasamos a la siguiente etapa de la figura X.1, que se refiere a la negociación para tratar de llegar a un arreglo extrajudicial. Al contrario de lo que ocurre con las otras etapas, el derecho procesal no prescribe un tiempo para la negociación tendiente al arreglo de las disputas. Más bien, la negociación puede ocurrir en cualquier momento del proceso legal. En la figura X.1 hemos colocado la negociación en la etapa inmediata anterior al juicio porque la negociación se intensifica a menudo antes del inicio de un proceso legal caro, tratando de evitarlo. Sin embargo, la negociación puede continuar después de iniciado un juicio e incluso mientras el jurado está deliberando.

La mayoría de las disputas se resuelven sin recurrir al juicio. Las estimaciones sugieren que menos del 5% de las disputas civiles presentadas requieren efectivamente del inicio de un juicio a fin de resolverlas.[11]

La negociación es más importante que los juicios para la resolución de la mayoría de las disputas. Sin embargo, la negociación ocurre a la sombra de la ley. En otras palabras, las expectativas acerca de los juicios determinan los resultados de las negociaciones.

A. *Arreglos que reproducen los juicios*

Empezaremos por revisar los elementos de la teoría de la negociación desarrollados en el capítulo IV. En una situación de negociación, las partes pueden cooperar, o cada una puede actuar por su cuenta sin la cooperación de la otra. La ganancia conjunta de la cooperación supera la suma de las ganancias individuales derivadas de la ausencia de cooperación. A fin de inducir a alguien a cooperar, la parte debe recibir por lo menos tanto como lo que puede obtener sin cooperar, a lo que los economistas llaman un valor de amenaza. (Un término más adecuado para su utilización en los tribunales es el valor de "hacerlo solo" o el valor "límite de la concesión".) La suma de los valores de amenaza es igual al valor no cooperativo del juego. La diferencia entre la ganancia conjunta derivada de la cooperación y el valor no cooperativo del juego es el excedente cooperativo. A fin de cooperar, las partes deben ponerse de acuerdo sobre la división del excedente cooperativo. Una división del excedente por partes iguales es

razonable. Sin embargo, la búsqueda racional del interés propio no garantiza que las partes serán razonables, de modo que quizá no se pongan de acuerdo, o quizá lleguen a un acuerdo poco razonable.

Apliquemos ahora estos conceptos a la negociación del arreglo en una disputa civil. (Ya lo hicimos brevemente en el recuadro del capítulo IV titulado "Una disputa civil como juego de negociación"). En una disputa civil, un acuerdo de arreglo extrajudicial puede reproducir cualquier fallo que el tribunal hubiese dado después de un juicio. Ilustrado con un divorcio, supongamos que el tribunal concluye, después de un juicio, que las partes deben vender la casa y dividirse el precio por partes iguales, y que la custodia de los hijos debería dividirse entre el esposo y la esposa en las proporciones de 40 y 60%. Si las partes hubiesen aceptado estos términos sin necesidad de un juicio, el juez habría aceptado el acuerdo y lo habría hecho cumplir. Por lo tanto, un arreglo podría llegar al mismo resultado que un juicio y las partes se ahorrarían el costo de la litigación. El ahorro de los costos de un juicio podría haberse dividido entre las partes, mejorando la situación de ambas. Para cualquier juicio, casi siempre existe un arreglo que mejora la situación de ambas partes, de modo que los juicios son en general ineficientes.

A veces ocurren algunas excepciones a esta generalización acerca de la eficiencia, como sucede cuando una parte desea que se dé publicidad a un juicio, o cuando una parte desea crear un precedente ganando una apelación. Por ahora no nos interesan estas excepciones.

Un arreglo extrajudicial es una solución cooperativa, y un juicio es la solución no cooperativa. La diferencia entre las ganancias conjuntas de un arreglo y la suma de las ganancias individuales derivadas de un juicio es el excedente cooperativo. Un arreglo razonable divide el excedente cooperativo por partes iguales. Utilizando la figura X.4a, mostramos cómo se calculan estos valores. De acuerdo con esa figura, el demandante espera ganar $100 en el juicio con una probabilidad de 0.5, y perder con una probabilidad de 0.5. Ganando o perdiendo, el juicio le costará $20 al demandante. Si el demandante pierde, no apelará porque el valor esperado de una apelación es negativo de acuerdo con la figura X.4a. Por lo tanto, el valor esperado del juicio para el demandante es igual a $30. En virtud de que un juicio no requiere la cooperación de la otra parte, el valor esperado del juicio para el demandante es igual a su valor de amenaza.

A fin de convertir este ejemplo en un problema de negociación, debemos describir también el valor esperado del juicio para el demandado. Supongamos que el demandado es la imagen invertida del demandante: el demandado espera perder $100 en el juicio con una probabilidad de 0.5, y ganar con una probabilidad de 0.5. Gane o pierda, el juicio costará al demandado $20. Si el demandado pierde, no apelará porque suponemos que el valor esperado de una apelación es negativo. Calculamos como sigue el valor esperado del juicio para el demandado:

$$0.5(-\$100) + 0.5(\$0) - \$20 = -\$70.$$

Puesto que un juicio no requiere ninguna cooperación de la otra parte, el valor esperado del juicio para el demandado es igual a su valor de amenaza.

La suma de los puntos de amenaza es igual al valor no cooperativo del juego:

$$\text{valor no cooperativo} = \$30 - \$70 = -\$40.$$

Si las partes llegan a un arreglo extrajudicial, el demandante recibirá el valor del acuerdo, denotado por *S*, y el demandado perderá *S*. Además, cada parte pagará costos del arreglo iguales a $1. Por lo tanto, calculamos como sigue el valor cooperativo del juego:

$$\text{valor cooperativo} = +\$5 - \$1 - \$5 - \$1 = -\$2.$$

Por último, el excedente cooperativo es igual a la diferencia existente entre el valor no cooperativo del juego y su valor cooperativo:

$$\text{excedente cooperativo} = -\$2 - (-\$40) = \$38.$$

Adviértase que el excedente cooperativo es igual a la diferencia existente entre los costos conjuntos del arreglo (−$2) y los costos conjuntos de la litigación (−$40). Por lo tanto, el ahorro de los costos de transacción derivado del arreglo crea el excedente cooperativo.

Calculemos ahora el arreglo razonable de esta disputa. Un arreglo razonable da a cada parte una ganancia igual a su valor de amenaza más una parte igual del excedente. El valor de amenaza del demandante es igual a $30. La mitad del excedente es igual a $19. Por lo tanto, un arreglo razonable otorga al demandante una ganancia igual a $49. Para obtener esta ganancia, el demandado deberá pagar $50 al demandante, y luego el demandante a su vez deberá pagar costos del arreglo iguales a $1, de modo que el demandante se queda con una ganancia neta de $49.

Repitamos ahora este cálculo para el demandado. El valor de amenaza del demandado es igual a −$70. La mitad del excedente es igual a $19. Por lo tanto, un arreglo razonable otorga al demandado una ganancia igual a −$70 + $19 = −$51. Para obtener esta ganancia, el demandado deberá pagar $50 al demandante, y luego el demandado deberá pagar costos del arreglo iguales a $1, de modo que el demandado se queda con $49.

Relacionemos ahora el arreglo razonable con el fallo esperado. El fallo esperado de un juicio es igual al fallo efectivo multiplicado por su probabilidad. En la figura X.4a, el fallo esperado del juicio es igual a (0.5)($100) = $50. El arreglo razonable es también igual a $50. Por lo tanto, el arreglo razonable reproduce el fallo esperado de este ejemplo.

Recuérdese nuestra medida simple de los costos sociales como la suma de los costos administrativos y los costos del error. Cuando el arreglo reproduce el fallo esperado, un arreglo utiliza costos de transacción menores para alcanzar el mismo resultado que el esperado de un juicio. Por lo tanto, los costos administrativos son menores y los costos del error son iguales. Así pues, *un arreglo que reproduce el fallo esperado en el juicio por lo general reduce los costos sociales*. Dado este hecho, la ley debería estimular los arreglos que reproducen el fallo esperado. Al hacerlo así, la ley puede lograr los mismos resultados que los juicios, al mismo tiempo que reduce los costos sociales.

Esta conclusión importante nos lleva a preguntarnos: "¿Cuándo es el arreglo razonable igual al fallo esperado en el juicio?" El ejemplo precedente produce este resultado porque el demandado es la imagen invertida del demandante. En general, *el arreglo razonable es igual al fallo esperado en el juicio cuando: 1) el demandante y el demandado tienen las mismas expectativas acerca del juicio, y 2) el demandante y el demandado asumen los mismos costos de transacción para resolver la disputa*. Elaboraremos un ejemplo para demostrar la verdad de esta proposición, que es fundamental para el análisis y el diseño de los procedimientos legales.

B. *Falta de arreglo*

Explicamos antes que el optimismo relativo provoca los juicios. Utilicemos la teoría de la negociación para desarrollar este argumento. Consideremos cómo cambia la solución razonable en el ejemplo precedente si las expectativas acerca del juicio divergen para las dos partes. Para mantener simple el ejemplo, supongamos que el demandante espera ganar el juicio con una probabilidad de 0.8. En consecuencia, el valor de amenaza subjetivo del demandante es igual a:

$$0.8(\$100) + 0.2(\$0) - \$20 = \$60.$$

Las expectativas del demandado permanecen sin cambio, así que espera perder $70 en el juicio. Calculamos como sigue el excedente cooperativo:

$$\begin{aligned}\text{excedente cooperativo} &= \text{valor cooperativo} - \text{valor no cooperativo}\\ &= +\$5 - \$1 - \$5 - \$1 - (\$60 - \$70)\\ &= \$8.\end{aligned}$$

Un arreglo razonable otorga al demandante una ganancia igual a su valor de amenaza más una parte igual del excedente: $60 + $4 = $64. Para que el demandante reciba una ganancia neta de $64, el demandado deberá llegar a un arreglo por $65, de cuya suma pagará al demandante $1 por concepto de costos del arreglo. (¿Puede demostrar que $65 es también un arreglo razonable desde el punto de vista del demandado?[12])

En este ejemplo, el demandante espera ganar un juicio con una probabilidad

de 0.8, mientras que el demandado espera perder el juicio con una probabilidad de 0.5, de modo que el demandante es relativamente optimista. En la negociación conjunta, las partes pueden acordar estar en desacuerdo en estas probabilidades y calcular la ganancia resultante de la cooperación. Al cálculo del excedente de la cooperación según la percepción de las partes se le puede llamar el "excedente cooperativo putativo" —éste es el excedente que atribuyen a la cooperación, teniendo en cuenta que no están de acuerdo acerca de sus expectativas en el juicio. Adviértase que el optimismo relativo del demandante redujo el excedente cooperativo putativo de $40 a $8. *Si el optimismo relativo reduce el excedente cooperativo putativo por debajo de cero, no podrá ocurrir ningún acuerdo*.

Para ejemplificar este hecho, supongamos que el demandante espera ganar el juicio con una probabilidad de 0.95. En consecuencia, el valor subjetivo de la amenaza del demandante es igual a:

$$0.95(\$100) + 0.05(\$0) - \$20 = \$75.$$

Las expectativas del demandado permanecen sin cambio, de modo que espera perder $70 en el juicio. Calculamos como sigue el excedente cooperativo putativo:

$$\begin{aligned}\text{excedente cooperativo putativo} &= \text{valor cooperativo} - \text{valor no cooperativo}\\ &= +\$5 - \$1 - \$5 - \$1 - (\$75 - \$70)\\ &= -\$7.\end{aligned}$$

Debido a que la cooperación produce un excedente putativo negativo, ambas partes prefieren un juicio. No habrá acuerdo si cada parte espera ganar más de un juicio de lo que podría ganar con un arreglo aceptable para la otra parte. (¿Puede calcular el "arreglo razonable" desde el punto de vista del demandante, y demostrar que el demandado no lo aceptaría?)[13]

Este ejemplo ilustra que el optimismo relativo acerca del juicio puede superar ampliamente el ahorro del costo de la litigación. Podemos enunciar con precisión la relación. El optimismo relativo se mide por la diferencia del fallo esperado de las dos partes, que denotamos ΔFE. Mediante el arreglo, las partes ahorran la diferencia existente entre los costos de la litigación y los del arreglo, que escribimos $CL - CS$. *El excedente esperado del arreglo se vuelve negativo, lo que hace inevitable el juicio, cuando el optimismo relativo supera a la diferencia existente entre los costos de la litigación y los del arreglo:*

$$\Delta FE > CL - CS \rightarrow \text{juicio}.$$

PREGUNTA X.9

Supongamos que la litigación costará $100 al demandante y $100 al demandado y que el arreglo extrajudicial es gratuito (CS = $0). ¿Cuál es el valor más grande del optimismo relativo (ΔFE) con

el que las partes pueden llegar todavía a un arreglo extrajudicial?

5. Juicio

Habiendo analizado la negociación para llegar a un arreglo extrajudicial, pasemos a la etapa siguiente de la figura X.1 y analicemos los juicios. Diferentes países organizan los juicios de distinta manera. Por ejemplo, como ya se dijo antes, el juez funge como un árbitro neutral en los países del derecho común ("proceso adversarial"), mientras que en los países europeos el juez desarrolla activamente el caso ("proceso inquisitorial"); los países europeos tienen tribunales especializados (civiles, administrativos, laborales, sociales, constitucionales), mientras que los países del derecho común utilizan más los tribunales de jurisdicción general; los juicios civiles estadunidenses suelen utilizar jurados, mientras que eso no ocurre en los juicios civiles de la mayoría de los demás países; los abogados estadunidenses preparan a sus testigos, mientras que en algunos países se limita el contacto entre testigos y abogados antes del juicio, y los países europeos permiten a veces pruebas que los tribunales estadunidenses excluyen.[14]

Éstas son sólo algunas de las numerosas diferencias observadas en los juicios de diversos países. Todavía no se han utilizado modelos económicos en el análisis de tales diferencias. Por lo tanto, sólo podemos describir en líneas generales algunas de las diferencias para considerar luego unos cuantos modelos formales.

Antes de proceder a nuestro análisis de los juicios, consideremos algunas alternativas. Los juicios son muy caros en todas partes. El alto costo de la litigación ha dado pie a un sinnúmero de chistes de abogados que circulan en el internet (P: ¿Por qué los tiburones no atacan a los abogados? R: Por cortesía profesional. Véanse más chistes como éste en el sitio web Cooter/Ulen.) Existen tres tipos de costos:

Honorarios: Los abogados exigen honorarios altos en muchos países, en parte debido al poder de monopolio del colegio de abogados, su formación y acreditación especializada, y su acceso privilegiado a los funcionarios judiciales. Los honorarios de los asesores jurídicos aumentan aún más cuando la corrupción hace del soborno una rutina que forma parte del proceso legal.

Demoras: En China, la mayoría de los casos se deciden en los tribunales en un periodo de un año; en Los Ángeles se necesitan alrededor de tres años para presentar un caso ante el Tribunal Superior, y la resolución de un caso judicial en India puede tardar una década. (Además de los juicios, la espera en largas filas afecta a muchos servicios que el Estado provee a un bajo costo, como las líneas de pasajeros en las carreteras y las filas de

gente para la obtención de licencias de conducir o de permisos de migración de parte del gobierno.)

Incertidumbre: La falta de claridad de la ley y la incertidumbre acerca de cómo podría resolver un problema el tribunal impone costos impredecibles sobre los individuos involucrados en disputas legales.

Dados estos costos, involucrarse en una demanda legal es en sí un castigo para las partes, pero no para sus abogados.[15]

Para evitar este castigo, muchos abogados se ganan la vida manteniendo a la gente fuera de las disputas legales. Por lo tanto, los abogados comerciales se enorgullecen de la redacción de contratos estrechos que anticipan todas las contingencias y establecen términos explícitos y claros; por lo que el contrato se cumple sin problemas y nadie litiga el contrato. Desafortunadamente, en ocasiones, incluso los mejores contratos dan lugar a litigios. La previsión de esta posibilidad incita a muchas empresas a buscar alternativas a los juicios y a especificar en el contrato cómo se resolverán las disputas futuras. Los procedimientos especificados eluden característicamente a los tribunales públicos y sustituyen las alternativas simplificadas. Los procedimientos alternativos se llaman "resolución alternativa de las disputas" o RAD, que incluye varios tipos de mediación y arbitraje. Por ejemplo, el contrato puede solicitar la resolución de cualquier disputa mediante el arbitraje en una ciudad determinada, siguiendo las reglas de una asociación de arbitraje en particular. Por ejemplo, la Cámara Internacional de Comercio de París organiza arbitrajes para muchas empresas internacionales. En comparación con la litigación, los procedimientos de arbitraje tienen menos formalidades, derechos procesales más débiles y restricciones más estrictas sobre las apelaciones. Estos factores hacen que los arbitrajes sean más simples y más rápidos que los juicios. Por lo general, el arbitraje también es secreto en lugar de público, que es lo que prefieren las empresas.

La compañía de tarjetas de crédito Visa ofrece otro ejemplo interesante. Visa ofrece una red que conecta a los bancos que emiten tarjetas e invita a los comerciantes a que acepten las tarjetas Visa como forma de pago de las mercancías. En ocasiones los consumidores se niegan a pagar una factura en disputa ("Los bienes nunca fueron entregados"). Cuando esto sucede, el banco que emitió la tarjeta al consumidor tratará de cobrar nuevamente el costo del artículo al banco que incluyó el comerciante que vendió los bienes en disputa. Esta acción podría dar lugar a una disputa legal entre los dos bancos acerca de la responsabilidad por el costo del artículo. Estas disputas las trata el Comité de Arbitraje de Visa. El demandante tiene que pagar una cuota por originar una denuncia y ambas partes presentan su declaración de los hechos por escrito. El comité decide con base en estos documentos, sin tener que reunirse con los litigantes. Cuando el comité da a conocer su decisión, el perdedor paga el fallo y

también los costos del arbitraje. No hay abogados ni procedimientos legales detallados ni encuentros cara a cara entre los litigantes.

Los procedimientos onerosos, seguidos por los tribunales públicos, están diseñados para desentrañar la verdad a la vez que protegen los derechos de las partes. Los miembros de Visa podrían haber adoptado estas reglas procesales de los tribunales públicos para resolver sus disputas, pero decidieron no hacerlo. El hecho de que los miembros de Visa abandonen voluntariamente la mayoría de los derechos procesales sugiere que los costos de los derechos exceden los beneficios que obtendrían.

Cuando en un contrato ambas partes son empresas, como en el caso de los bancos en el sistema de Visa, los términos que solicitan el arbitraje de las disputas están relativamente libres de problemas. Sin embargo, surgen más problemas cuando una de las partes es una empresa y la otra es un consumidor. En ocasiones, las organizaciones para la atención de la salud en los Estados Unidos establecen que las disputas entre los pacientes y los médicos se resolverán mediante el arbitraje obligatorio. El objetivo aparente es reducir el costo del seguro contra la mala práctica médica. Del mismo modo, en muchos contratos para la entrega de bienes se especifica que las controversias serán resueltas mediante el arbitraje obligatorio de acuerdo con las reglas de la Asociación Americana de Arbitraje, y que el arbitraje tendrá lugar en la ciudad natal del vendedor. Éste es un intento de los vendedores para evitar el alto costo de defenderse en lugares remotos. Sin embargo, a menudo los consumidores que firman estos contratos no son conscientes de la cláusula del arbitraje o no aprecian su importancia hasta que surge una controversia. En el caso de los consumidores ignorantes, las empresas pueden establecer frecuentemente los procedimientos y las organizaciones de arbitraje que las favorecen (el cliente habitual) y desfavorecen a los consumidores (los compradores de una sola vez).

NOTA WEB X.2

Véase en nuestro sitio web un resumen de la literatura floreciente sobre la economía de la mediación y el arbitraje.

A. *Independencia* vs. *alineación*

Ahora empezaremos con el análisis de los juicios. En primer término, comparemos el papel de un juez que desarrolla activamente el caso tratando de encontrar la verdad con el papel de un juez que arbitra pasivamente la disputa. Queremos determinar el activismo óptimo de los jueces. La diferencia en el papel del juez corresponde a una diferencia en el papel de los abogados. Cuando el juez desarrolla activamente el caso, los abogados deben responder al juez, una práctica que reduce el margen de los abogados para desarrollar sus propias argumentaciones. En cambio, cuando el juez arbitra pasivamente la disputa, los abogados tienen un margen mayor para desarrollar sus propias

argumentaciones. Por lo tanto, la diferencia existente entre el sistema inquisitorial y el sistema adversarial se refiere en parte a la asignación del esfuerzo entre los jueces y los abogados.

Evaluaremos el papel del abogado y el del juez en términos de los incentivos de cada uno de ellos. Al igual que otros profesionales, los abogados persiguen su propio interés al vender sus servicios. En una de las metáforas más famosas de las ciencias sociales, Adam Smith describió a los participantes en un mercado competitivo que persiguen conscientemente sus intereses privados, como si fuesen guiados por una "mano invisible" para servir al bien público. Según Smith, los mercados competitivos alinean los intereses privados con los intereses públicos. El mercado de los abogados funciona idealmente de esta manera. Dentro del contexto de la ley, la ética profesional y la moral, el interés propio impulsa idealmente a los abogados a perseguir los intereses de sus clientes. Al perseguir los intereses de sus clientes, los abogados ayudan a los tribunales a llegar a una resolución ideal de las disputas, lo que describimos antes como el "fallo con información perfecta".

Como se explicó antes, la estructura de los incentivos de los abogados alinea idealmente el interés propio con el interés público. Según la frase antigua, los abogados pueden "hacer el bien actuando bien". Sin embargo, la estructura de incentivos de los jueces es muy diferente de la de los abogados. Las negociaciones entre los legisladores producen leyes, y las negociaciones entre los ciudadanos producen contratos. A fin de facilitar la cooperación, las partes involucradas en la negociación necesitan un intérprete de sus acuerdos que sea independiente. A fin de alcanzar la independencia, la riqueza y el poder del intérprete no deben verse afectados por la interpretación. El Estado puede proveer un intérprete de leyes y contratos que sea independiente, mediante la creación de un poder judicial independiente. En lugar de alinear los intereses públicos con los intereses privados, la independencia rompe la conexión existente entre las decisiones de los jueces y su riqueza o poder propios. La independencia requiere que se proteja la promoción, el puesto, la transferencia, el salario y el presupuesto del juez.

Diferentes países aseguran la independencia de los jueces por medios distintos. En los países de derecho civil, los jueces son servidores públicos de una burocracia jerárquica. Las perspectivas de contratación y ascenso de los jueces dependen de la evaluación que sus superiores hagan de su desempeño, quienes son jueces de más alto rango y otros servidores públicos también de alto rango, que a menudo constituyen consejos o comisiones judiciales. Por lo tanto, la independencia del poder judicial europeo y latinoamericano depende del aislamiento de la burocracia judicial frente a las disputas privadas que ocurren en la sociedad. En cambio, los jueces estadunidenses de los tribunales federales y de la mayoría de los tribunales estatales superiores son designados políticos, no servidores públicos.[16] En los Estados Unidos, es muy impredecible el ascenso a

un tribunal superior. Pero una vez designados para un tribunal superior, los jueces estadunidenses disfrutan de una permanencia larga y segura (de por vida para los jueces federales), y se prohíbe a los políticos que se comuniquen con los jueces en activo. La designación a la judicatura suele ser el punto culminante de la carrera de un abogado. Así pues, la independencia de los jueces estadunidenses se basa en el hecho de que, una vez designados, los políticos y los administradores no ejercen una influencia continua.[17]

En virtud de que el fallo de un caso dictado por un juez independiente no afecta su riqueza ni su poder, a los jueces no les cuesta más hacer lo que consideran correcto que hacer lo que saben que es incorrecto. En consecuencia, los jueces independientes pueden guiarse por su conciencia acerca de lo que es correcto y bueno. (Los jueces ingleses cambiaron su comportamiento a finales del siglo XVIII, cuando comenzaron a recibir un salario de parte del Estado en lugar de que se les pagaran honorarios cobrados a los litigantes.[18]) Además, los jueces independientes no ganan nada material dedicando más esfuerzo a un caso. Por lo tanto, es de esperarse que los jueces utilicen su independencia para llevar una vida fácil y agradable.

En un resumen simplista, podríamos decir que los jueces tienen incentivos para hacer lo que resulte correcto y fácil, mientras que los abogados tienen incentivos para hacer lo que resulte provechoso y difícil. Esta perspectiva sugiere cómo debemos analizar el activismo óptimo de los jueces. Transferir la responsabilidad del desarrollo del caso del abogado al juez aumenta la independencia y disminuye la motivación. El mayor activismo del juez en el sistema inquisitorial genera más independencia para descubrir los hechos e interpretar las leyes, mientras que el mayor margen de acción para los abogados en el sistema adversarial vigoriza la búsqueda de los hechos y las argumentaciones. El recuadro anexo enuncia este argumento en el lenguaje de la estadística.

Un análisis de los jurados se parece a un análisis de los jueces. Al igual que en el caso de los jueces, el sistema legal trata de hacer jurados independientes, de modo que hagan lo correcto. A diferencia de los jueces, los jurados son requeridos para servir y su compensación es nominal. De acuerdo con datos del Centro Nacional para los Tribunales Estatales, la compensación de los jurados varió entre los estados desde un máximo de $42.20 diarios en Nuevo México hasta $0 en varios estados. (¡Cuando Robert Cooter fue llamado a servir como jurado en California, las instrucciones recomendaban estacionarse en el estacionamiento oficial, donde la tarifa diaria superaba al pago que los jurados recibían por día!) Como ocurre con la mayor parte del trabajo forzado, el sistema estadunidense es extremadamente dispendioso con el tiempo de los jurados. Otros sistemas legales usan jurados o algo similar dentro de un marco institucional diferente. Por ejemplo, los tribunales juveniles de Múnich, Alemania, incluyen “jueces legos” sin capacitación legal que sirven durante

varios años con una paga modesta y deciden casos en paneles con jueces profesionales. Los jurados y los jueces legos tienden a otorgar más peso a las normas sociales, que ellos conocen, y menos peso al derecho formal en la decisión de los casos. (Más adelante en este capítulo analizaremos el papel de las normas sociales en la evolución del derecho.) Además, un jurado grande provee cierta protección contra la corrupción, ya que los sobornos y las amenazas tienen más probabilidades de triunfar cuando están concentrados que cuando están dispersos.

La teoría de la información aplicada a los fallos

Sea que x denote una variable relevante para una disputa legal. Sea que x^* denote el valor verdadero de la variable x. El tribunal busca la verdad, pero observa x^* con el error ϵ, donde e es una variable aleatoria. Por lo tanto, el tribunal observa $x^* + \epsilon$. El valor esperado de la observación del tribunal se denota por $E(x) = x^* + E(\epsilon)$, donde $E(\epsilon)$ es igual al error promedio. Si el error promedio es insignificante, $E(\epsilon) = 0$, la observación esperada del tribunal será correcta: $E(x) = x^*$. Si el error esperado no es insignificante, digamos $E(\epsilon) = 10$, la observación esperada del tribunal estará sesgada. Si la varianza de ϵ es grande, la observación de los tribunales será *errática*.

El interés propio de los abogados los impulsa a realizar una búsqueda de información diligente y sesgada, mientras que la independencia de los jueces los impulsa a realizar una búsqueda laxa, no sesgada. Por tanto, los abogados tienden a hacer observaciones sesgadas de x con escasa varianza, mientras que los jueces independientes tienden a hacer observaciones de x no sesgadas y erráticas.

PREGUNTA X.10

Compare los incentivos del juez y de los abogados en lo tocante al tiempo dedicado a un juicio.

PREGUNTA X.11

El soborno o la intimidación del tribunal es una preocupación persistente en los juicios. La utilización de jurados se justifica a menudo alegando que la corrupción del jurado es más difícil que la de un juez. ¿Por qué podría ser esto cierto?

B. *¿Debería el perdedor pagar todo?*

En Gran Bretaña van menos disputas a juicio que en los Estados Unidos. Y en Gran Bretaña, el perdedor de un juicio debe pagar los costos de litigación del ganador, mientras que en los Estados Unidos cada parte paga por lo general sus propios gastos de litigación. Algunos creen que la regla británica de "el perdedor paga todo", que es también la regla en gran parte de Europa, provoca menos

juicios que la regla estadunidense de "cada quien paga lo suyo". Sin embargo, otras diferencias importantes entre las prácticas judiciales británicas y las estadunidenses podrían explicar la diferencia de las tasas de litigación entre los dos países.[19] A fin de evaluar la aseveración de que "el perdedor paga todo" causa menos litigación que "cada quien paga lo suyo"; comparemos los efectos de incentivo de las dos reglas.[20]

La mayoría de las disputas civiles implican dos cuestiones: la responsabilidad y los daños. El fallo esperado es igual a la probabilidad de la responsabilidad multiplicada por el monto de los daños. Por ejemplo, en un caso de mala práctica médica, el demandante puede esperar perder con una probabilidad de 0.9 y ganar $10 millones con una probabilidad de 0.1, lo que produce un fallo esperado de $1 millón. En este ejemplo, la regla de "cada quien paga lo suyo" hace que el demandante pague sus propios costos legales en todos los casos. En cambio, la regla de que "el perdedor paga todo" hace que el demandante no pague costos legales con una probabilidad de 0.1, y que pague los costos legales de ambas partes con una probabilidad de 0.9. En los juicios en que el demandante tiene pocas probabilidades de ganar, una regla de "el perdedor paga todo" aumenta los costos esperados del demandante en relación con una regla de "cada quien paga lo suyo". En general, *la regla de "el perdedor paga todo" desalienta los juicios en que es poco probable que el tribunal decida que hay responsabilidad.* (Los juicios desalentados por esta regla incluyen los juicios de molestias y también los juicios en los que el demandante tiene pruebas inciertas de un daño legítimo.)

Consideremos ahora los casos en los que la probabilidad de la responsabilidad es más cercana a 0.5. Explicamos antes que la causa más simple de los juicios es el optimismo relativo de las partes. Por ejemplo, el arreglo extrajudicial será difícil si el demandante cree que el tribunal decidirá si hay responsabilidad con una probabilidad de 0.6, mientras que el demandado cree que el tribunal decidirá que hay responsabilidad con una probabilidad de 0.4. Este ejemplo nos permite apreciar fácilmente que la regla de "el perdedor paga todo" agrava el problema del optimismo relativo. Con una regla de "cada quien paga lo suyo", cada una de las partes de este ejemplo espera asumir sus propios gastos de litigación en el caso de un juicio. En cambio, con una regla de "el perdedor paga todo", cada parte espera librarse de todos los gastos de la litigación en el caso de un juicio con probabilidad de 0.6. *Cuando no es baja la probabilidad de que el tribunal decida que hay responsabilidad, la regla de "el perdedor paga todo" estimula generalmente los juicios causados por el falso optimismo.*

Hemos venido analizando los juicios sobre la responsabilidad. En algunas disputas, el demandado acepta la responsabilidad y las partes disputan el pago de daños. En estos casos, ambas partes convienen en que el demandante ganará algo en el juicio, pero difieren acerca de la suma que ganará. Cuando se aplica a estos casos la regla de "el perdedor paga todo", el demandante no "gana" automáticamente sólo porque el demandado acepte la responsabilidad. Por el

contrario, la definición del "ganador" depende de lo que gane el demandante. Por ejemplo, consideremos un ejemplo: supongamos que Juana Pérez exige $600 como su participación en el automóvil valuado en $1 000, en su juicio de divorcio contra su esposo José. Algunos tribunales estadunidenses reconocen una institución llamada "ofrecimientos de compromiso", la que en efecto adopta la regla de que el perdedor paga todo en casos como éste.[21] En los términos de esta institución, se registrará en el tribunal el ofrecimiento de Juana de llegar a un arreglo por $600. Si José rechaza el ofrecimiento, y se inicia el juicio, el ganador se determinará según el tribunal otorgue a Juana más o menos que $600. José pagará la mayor parte de los costos judiciales de Juana si el tribunal le otorga más de $600, mientras que Juana pagará la mayor parte de los costos judiciales si el tribunal le otorga menos de $600. *En las disputas que admiten la responsabilidad y disputan los daños, el "ganador" puede definirse por la diferencia existente entre el último ofrecimiento de arreglo y el fallo del tribunal.*

Adviértase que esta institución tiene el efecto de castigar la negociación recalcitrante. Según la regla de "el perdedor paga todo", la demanda de un pago mayor aumenta la probabilidad de pagar los costos de litigación de la otra parte. Para ver por qué, supongamos que Juana aumenta su demanda de $600 a $601. En consecuencia, Juana gana $1 adicional en el caso de que se llegue a un arreglo, pero aumenta el riesgo de tener que pagar todos los costos de litigación de José en el caso de un juicio. *En las disputas donde se concede la responsabilidad pero se disputan los daños, la regla de "el perdedor paga todo" desalienta los juicios al castigar la negociación recalcitrante.*[22]

PREGUNTA X.12

Supongamos que el demandante pide $1 000 para llegar a un arreglo, el demandado rechaza el ofrecimiento y el jurado otorga $900 en un juicio. ¿Quién "ganó" para los fines de la regla de "el perdedor paga todo"?

PREGUNTA X.13

Supongamos que el demandante pide $1 000 para llegar a un arreglo, el demandado ofrece $600 y el jurado otorga $900 en un juicio. Extienda la definición de "ganador" y "perdedor" a este caso para los fines de la aplicación de la regla de "el perdedor paga todo".

PREGUNTA X.14

Recuerde que, de acuerdo con una definición, un juicio de molestias no tiene mérito en el sentido de que el fallo esperado por el demandante es cero. ¿Habrá más juicios de molestias con la regla de "cada quien paga lo suyo" o con la regla de "el perdedor paga todo"?

PREGUNTA X.15

Las partes de un juicio pueden disputar el hecho y el alcance de la responsabilidad. A menudo, las disputas sobre si el demandado es responsable no tienen margen para el compromiso, mientras que las disputas sobre la magnitud de los daños tienen margen para el compromiso. Explique por

qué la regla de "el perdedor paga todo" puede hacer que las partes resuelvan la mayoría de las disputas sobre el alcance de la responsabilidad pero no sobre el hecho de la responsabilidad.

PREGUNTA X.16

Supongamos que ambas partes de una disputa legal sienten aversión por el riesgo de perder un juicio. ¿Las partes que sienten aversión por el riesgo se inclinarán más a llegar a un arreglo extrajudicial con una regla de "cada quien paga lo suyo" o con la regla de "el perdedor paga todo"?

PREGUNTA X.17

Supongamos que "el perdedor paga todo" es más eficiente que "cada quien paga lo suyo". En una jurisdicción que aplica la regla de "cada quien paga lo suyo", el teorema de Coase predeciría que las dos partes firmarían un contrato por el que el perdedor se obligaría a rembolsar al ganador, adoptando así la regla más eficiente mediante un acuerdo privado. Exprese algunas razones económicas para que esto no ocurra en efecto.

6. Apelaciones

Muchos sistemas judiciales consisten en una jerarquía de tribunales donde un litigante inconforme puede apelar la decisión de un tribunal inferior y pedir un nuevo juicio en un tribunal superior. A veces, el tribunal superior debe aceptar la apelación y conocer del caso (las partes pueden apelar "de derecho"), y a veces el tribunal superior puede escoger entre aceptar la apelación o rechazarla (el tribunal realiza una "revisión discrecional"). Por ejemplo, los tribunales federales estadunidenses tienen tres niveles donde el tribunal más alto (la Suprema Corte de los Estados Unidos) puede decidir si acepta o rechaza la mayoría de las apelaciones provenientes del tribunal intermedio (un tribunal de apelación de circuito), y el tribunal intermedio debe aceptar las apelaciones provenientes del tribunal más bajo (un tribunal de distrito). En algunos países (pero no en los tribunales federales o estatales de los Estados Unidos), el tribunal de apelación pueden conocer todo el caso desde el principio ("juicio de novo"). Por ejemplo, los tribunales de apelación de Europa continental a menudo conocen de algunos casos desde el principio, considerando cuestiones de hecho y de derecho. A veces, sin embargo, el tribunal de apelación considera algunas cuestiones pero no otras. Por ejemplo, los tribunales de apelación de los países del derecho común suelen limitar su consideración a las cuestiones de derecho, aceptando sin revisión todos los hechos descubiertos por los tribunales inferiores.

Los tribunales de apelación tienen dos funciones distintas. Primero, corrigen los errores cometidos en las decisiones tomadas por los tribunales inferiores. Segundo, hacen leyes, en forma directa como en el derecho común, o indirecta mediante la interpretación de los estatutos. Consideraremos cada una de estas funciones de los tribunales de apelación.

Los sistemas judiciales jerárquicos permiten que los jueces superiores vigilen el desempeño de los jueces inferiores y corrijan sus errores a bajo costo. El sistema de apelaciones mantiene bajos los costos de la vigilancia porque los litigantes casi siempre apelan cuando el tribunal inferior comete un error. Por lo tanto, un sistema de apelaciones permite que los jueces superiores conozcan la información privada de los litigantes acerca de si un tribunal cometió un error. Utilizando esta información, un sistema de apelaciones puede reducir la suma de los costos administrativos y los costos del error en la decisión de las disputas.

Por ejemplo, consideremos una comparación numérica de un sistema sin apelación y un sistema con apelación. Supongamos que un juicio cuesta al demandante y el demandado $500, para un total de $1 000 en costos administrativos. Supongamos además que la probabilidad de que el tribunal de instrucción cometa un error en la decisión del caso es igual a 0.2, mientras que los costos sociales de un error ascienden a $25 000. Por lo tanto, el costo social de la decisión de la disputa en el tribunal de instrucción es:

$$\text{Costo social} = \underbrace{\$1\,000}_{\text{costos administrativos}} + \underbrace{0.2(\$25\,000)}_{\text{costos del error esperado}} = \$6\,000$$

Consideremos ahora cómo afecta la creación de un tribunal de apelación a los costos sociales. Supongamos por el momento que el caso será apelado si, y sólo si, el tribunal de instrucción cometió un error. Supongamos que una apelación cuesta $1 000 a cada parte, para un total de $2 000 en costos administrativos. Es probable que el tribunal de apelación revoque la decisión del tribunal de instrucción cuando este último haya cometido un error. Específicamente, sea 0.9 la probabilidad de la revocación condicionada al hecho de que el tribunal de instrucción haya cometido un error, lo que implica que la probabilidad de que el tribunal de apelación sostenga un error cometido por el tribunal de instrucción es igual a 0.1. El costo social de la decisión de una disputa en un sistema judicial con la posibilidad de apelación es:

$$\text{Costo social} = \underbrace{\$1\,000}_{\substack{\text{Costo administrativo del}\\ \text{1er juicio}}} + \underbrace{0.2}_{\substack{\text{Probabilidad}\\ \text{de la apelación}}} \Big[\underbrace{\$2\,000}_{\substack{\text{Costo administrativo del}\\ \text{2do juicio}}} + \underbrace{0.1(\$2\,000)}_{\substack{\text{Costo}\\ \text{del error}\\ \text{esperado}}}\Big]$$
$$= \$1\,900$$

En este ejemplo, la existencia de un tribunal de apelación hace bajar los costos sociales de $6 000 a $1 900.

Un litigante racional sólo apelará un caso cuando el valor esperado de la apelación supere a su costo. El valor esperado de la apelación es elevado cuando es probable que el tribunal de apelación revoque la decisión del tribunal de

instrucción. Es probable que el tribunal de apelación revoque cuando el tribunal inferior comete un error. Por lo tanto, los tribunales de apelación tienen mayores probabilidades de reducir los costos sociales cuando: 1) es más probable que el tribunal de apelación revoque un error cometido por el tribunal inferior que una decisión correcta, y *2)* cuando este comportamiento del tribunal de apelación hace que los litigantes apelen contra errores con mayor probabilidad que las decisiones correctas del tribunal inferior.

PREGUNTA X.18

Al fijar honorarios para la apelación, el Estado puede desalentar las apelaciones con baja probabilidad de éxito. Construya un ejemplo numérico para ilustrar este hecho.

PREGUNTA X.19

Las apelaciones están a menudo subsidiadas en el sentido de que el Estado asume una parte de los costos de litigación. Utilice la teoría anterior para elaborar una justificación de los subsidios estatales para las apelaciones.

PREGUNTA X.20

Supongamos que la demora es más costosa para el demandante que para el demandado. ¿Cómo afecta la posibilidad de apelar una decisión adversa del tribunal, que demora la resolución del caso, la negociación entre las partes para el arreglo de la disputa fuera del tribunal?

B. *Eficiencia del mercado de litigación*

Pasemos ahora de la corrección de errores a la elaboración de leyes. Un juicio impone costos sustanciales al Estado, incluyendo el costo de las instalaciones del tribunal y los salarios del juez, el taquígrafo, el administrador y varios asistentes. Desafortunadamente, las cuentas de los tribunales son austeras y no se sabe de ningún cálculo acreditado del costo que representa para el Estado una hora de juicio en un tribunal estadunidense (aunque propondremos uno en la segunda parte del capítulo siguiente). Al parecer, nadie sabe qué tanto del costo que un juicio impone al Estado es subsidiado y qué tanto se recupera de las partes en una disputa en la forma de honorarios judiciales que se les imponen.

Si bien no se sabe qué tan grande es el subsidio, podemos decir algo acerca de lo grande que debe ser. El fallo de las disputas y la elaboración de leyes difieren en este aspecto: el fallo afecta, sobre todo, al demandante y al demandado, mientras que un nuevo precedente, generalmente aceptado, afecta a muchas personas. Esta diferencia es fundamental para la economía de los juicios. Cuando un tribunal de apelaciones falla una cuestión de derecho, el precedente afecta a muchas personas distintas de las partes en una disputa. Debido a que las partes en una disputa no internalizan la mayoría de sus efectos, éstas no deberían pagar la mayor parte de sus costos. El Estado debería subsidiar las apelaciones sobre cuestiones de derecho debido al valor público del precedente. Este argumento no se aplica al fallo de las disputas que afectan principalmente al

demandado y al demandante. Cuando se establece la ley y la controversia se refiere a los hechos, los efectos de su resolución no van más allá de las partes. En consecuencia, el caso de la subvención de los juicios para la resolución de conflictos privados es mucho más débil que el caso de la subvención de los juicios para la elaboración de leyes.

¿Qué tan beneficioso es para el público el derecho de creación judicial? Analizaremos algunas teorías que tratan de responder a esta interrogante centrándose en si los precedentes legales evolucionan hacia la eficiencia. Algunas metas sociales pueden alcanzarse sin que el gobierno las persiga. Por ejemplo, Adam Smith sostenía que los mercados competitivos hacen que las personas que persiguen conscientemente sus intereses privados sirvan al bien público. Un mercado competitivo es una especie de máquina social cuyas leyes de operación asignan los recursos eficientemente sin que nadie persiga de manera consciente esa meta. La litigación tiene algunos elementos de un mercado competitivo; específicamente, los demandantes y los demandados compiten entre sí para promover sus propios fines. ¿Son los tribunales como los mercados competitivos, en el sentido de que el derecho elaborado por los jueces tiende hacia la eficiencia sin que nadie persiga conscientemente esta meta?

El análisis económico del derecho ha investigado la inspiradora posibilidad de que la litigación pueda volver más eficiente al derecho sin la ayuda consciente de los jueces. Esto podría ocurrir mediante la litigación selectiva. Supongamos que las leyes ineficientes se litigan más que las leyes eficientes. (En un momento explicaremos por qué podría ocurrir tal cosa.) Por hipótesis, las leyes ineficientes son reiteradamente cuestionadas en los tribunales, mientras que las leyes eficientes son cuestionadas con menor frecuencia. Si las leyes eficientes no son favorecidas o desfavorecidas por los jueces, la probabilidad de que una ley sobreviva a una prueba judicial es independiente de su eficiencia o ineficiencia. Pero estamos suponiendo que las leyes ineficientes son cuestionadas en los tribunales con mayor frecuencia que las leyes eficientes. Estos dos supuestos —que la eficiencia se correlaciona negativamente con la probabilidad de una prueba judicial, y que no está negativamente correlacionada con la probabilidad de que una ley sobreviva a tal prueba— son suficientes para hacer que la ley evolucione hacia la eficiencia.

Con estos supuestos, la litigación selectiva funciona como un colador que atrapa a las leyes ineficientes al tiempo que permite el paso de las leyes eficientes. La ley, siendo repetidamente colada, se vuelve más eficiente con el paso del tiempo. El proceso de filtración de las leyes ineficientes podría funcionar sin que los jueces favorecieran conscientemente a la eficiencia; en efecto, es suficiente que los jueces no desfavorezcan a la eficiencia. Para que la litigación selectiva haga que la ley evolucione hacia la eficiencia, la selección debe sesgarse en contra de las leyes ineficientes.

¿Hay alguna razón para pensar que las leyes ineficientes serán cuestionadas

en los tribunales con mayor frecuencia que las leyes eficientes? La respuesta es "sí", pero no un sí categórico, sino más bien como un "probablemente". Para entender por qué, consideremos que las leyes asignan derechos a las partes erradas. Para ilustrar, volvamos al ejemplo 3, que se ocupa de la división de la propiedad en un divorcio. Supongamos que Juana y José Pérez asignan valuaciones diferentes a su casa: Juana la valúa en $150 000 y José la valúa en $100 000. La eficiencia requiere la asignación de derechos legales a las partes que los valúen más; por lo tanto, la eficiencia requiere que Juana se quede con la casa. Si Juana se queda con la casa, el valor para José de lograr la revocación de esa asignación será igual a $100 000. En cambio, si José se queda con la casa, el valor para Juana de lograr la revocación de esa asignación será igual a $150 000. En virtud de que Juana tiene en juego más que José, sería más probable que Juana cuestionara una asignación legal desfavorable. De modo general, la parte que valúa más una reclamación legal gastará más que nadie en un juicio para obtenerla. Por lo tanto, una asignación ineficiente del derecho provocará más gasto en la litigación que una asignación eficiente.

Se gastará más dinero en el cuestionamiento de las leyes ineficientes que en el de las leyes eficientes. Se gastará más en forma extensiva e intensiva: una litigación más extensiva significa cuestionamientos más frecuentes en el tribunal; una litigación más intensiva significa que los demandantes contratan abogados más caros y gastan más en la preparación del caso. En la medida en que los gastos mejoren la calidad de la argumentación, y en la medida en que los tribunales se vean influidos por argumentaciones de mayor calidad, la litigación contra leyes ineficientes tenderá a ser más exitosa que la litigación contra leyes eficientes.

Hemos argüido que la litigación selecciona en contra de las leyes ineficientes, lo que se traduce en cuestionamientos judiciales más frecuentes y en una mejor preparación de los casos de los demandantes. Por lo tanto, un mecanismo del derecho común funciona de manera similar a la de la "mano invisible" en los mercados. Por desgracia, la mano invisible guía a los tribunales débilmente por comparación con su guía sobre los mercados. Para entender por qué, consideremos una analogía entre los precedentes legales y los descubrimientos científicos. Algunos avances científicos, incluido el descubrimiento de principios básicos, no son patentables. En la medida en que los adelantos científicos no son patentables, quienes invierten en investigación no pueden captar su valor total para la sociedad. Una parte del valor se derrama, lo que constituye una externalidad. Los mercados de descubrimientos científicos básicos pueden fallar porque el valor se derrame, al revés de lo que ocurre, digamos, en el mercado de plátanos, donde el cultivador capta todo el valor del producto.

Los juicios tienen más en común con la investigación científica básica que con el mercado de plátanos. Por su propia naturaleza, una ley tiene una aplicación de alcance general; por lo tanto, el cuestionamiento de una ley afecta a todos

quienes estén sujetos a ella. Los efectos de un precedente nuevo, más eficiente, se derraman mucho más allá de los litigantes del caso donde se sienta el precedente. En consecuencia, la mayoría de los demandantes no se apropian más que de una fracción del valor creado y redistribuido por un nuevo precedente. Otros beneficiarios son gorrones del éxito de este demandante. En consecuencia, la litigación selecciona en contra de las reglas cuyos costos son internalizados por un solo demandante. Gorronear algo es más poderoso que la ineficiencia para canalizar la presión de la litigación.

PREGUNTA X.21

El demandante que promueve un juicio para establecer un precedente más eficiente disfruta sólo una fracción de su valor social. ¿Demuestra este hecho que el gobierno debería subsidiar los juicios pagando una parte del costo de litigación?

PREGUNTA X.22

¿Cuáles características del sistema inquisitorial podrían atenuar la presión de la litigación selectiva por comparación con el sistema adversarial?

C. *Promulgación de normas sociales*

Nos hemos preguntado si la competencia en el mercado de litigación impulsa hacia la eficiencia a la ley elaborada por los jueces. Aparentemente, las presiones competitivas hacia la eficiencia están presentes en el mercado de la litigación, pero son débiles. El análisis económico del derecho ha demostrado más congruencia entre el derecho común y la eficiencia de lo que nadie esperaba cuando se inició la empresa intelectual en la década de 1960. El grado de congruencia excede ampliamente lo que podría haberse esperado de la presión competitiva en el mercado de litigación. Además de la presión de la litigación, otra causa posible de la eficiencia es la de la competencia entre las "normas sociales", o sea, las normas que surgen fuera del sistema legal. Surgen normas en las comunidades donde los individuos interaccionan de manera repetida. Las normas sociales compiten por la lealtad de los individuos y, en ciertas condiciones, las normas más eficientes ganan la competencia. Los jueces aplican a veces normas sociales. Si la ley hecha por los jueces evoluciona en la misma dirección que las normas sociales, la competencia en el "mercado de las normas" impulsará hacia la eficiencia a la ley elaborada por los jueces.

La relación tradicional de la "ley mercantil" ofrece un ejemplo. Los comerciantes medievales realizaban diversas prácticas comerciales, como el pago recíproco de letras de cambio.[23] Estas prácticas competían entre sí y las más eficientes prevalecían. Una práctica que prevalecía era elevada al nivel de una obligación entre los comerciantes. Estas obligaciones constituían las normas sociales de la comunidad de comerciantes medievales. Los comerciantes de las ferias comerciales medievales de Inglaterra desarrollaron sus propios tribunales

para regular el comercio. A medida que el sistema legal inglés se fortalecía y unificaba, los jueces ingleses adquirían cada vez más una jurisdicción sobre las disputas entre comerciantes. A menudo, los jueces ingleses no sabían lo suficiente de estos negocios especializados para evaluar reglas alternativas. En lugar de elaborar reglas, los jueces ingleses trataban de descubrir cuáles reglas existían ya entre los comerciantes y las aplicaban selectivamente. De este modo, los jueces dictaban de conformidad con las prácticas mercantiles, no las prácticas a las que se deberían someter los comerciantes. El derecho de los pagarés y las letras de cambio del siglo XVIII ejemplifica especialmente este patrón.[24]

El modelo del derecho mercantil disfrutó alguna vez de un lugar especial en la filosofía del derecho. De acuerdo con una vieja teoría de jurisprudencia, los tribunales debían descubrir el derecho común, no hacerlo. Los jueces descubren el derecho común al identificar normas sociales que selectivamente elevan al nivel de ley. Cuando los jueces siguen este patrón, el derecho común está respaldado por la costumbre. Esta filosofía no se limita al derecho común. Los que se encargan de elaborar los códigos legales la siguen con frecuencia. Por ejemplo, el académico que dirigió la creación del código más exitoso de los Estados Unidos, Uniform Commercial Code, Karl Llewellyn, identificó explícitamente las mejores prácticas comerciales y las incorporó al código. De igual modo, los que crearon los grandes códigos europeos a menudo trataban de identificar y promulgar las mejores prácticas comerciales de la época moderna.

Ahora vivimos en la época de un nuevo derecho mercantil. La economía moderna crea muchas comunidades de negocios especializados y en ellas surgen normas para coordinar la propia interacción de los individuos. La formalidad de las normas varía de un negocio a otro. Las profesiones que se autorregulan, como la del derecho y la de la contabilidad, y las redes formales como *Visa*, promulgan sus propias reglas. Las asociaciones voluntarias, como la Asociación de Fabricantes de Aparatos Domésticos, pueden emitir directrices. Las redes informales, como la de fabricantes de programas de computadora, pueden tener normas éticas rudimentarias. Todas estas normas sociales proveen una rica fuente de elaboración descentralizada de leyes por parte de los jueces. A medida que la economía se desarrolla y se vuelve más compleja, las normas sociales deberían volverse más importantes como fuente del derecho.

Dijimos antes que las normas sociales compiten por la lealtad de los individuos y que, en ciertas condiciones, las normas más eficientes ganan la competencia. Los economistas han empezado a estudiar las normas sociales tratando de entender en qué momento evolucionan hacia la eficiencia. Una respuesta breve es que las normas sociales evolucionan hacia la eficiencia cuando coordinan el comportamiento de los individuos en relaciones de largo plazo, y cuando los efectos de las normas no se derraman hacia otras personas.

PREGUNTA X.23

La planificación central era el método utilizado en el sistema comunista para la fabricación de bienes. Este método fracasó porque los planificadores carecían de información y de motivación para dirigir una economía cada vez más complicada. Antes que ser inevitable, el socialismo resultó ser imposible. La elaboración de leyes no es tan diferente a la elaboración de bienes. Compare los procedimientos centralizados y descentralizados para la elaboración de leyes.

NOTA WEB X.3

Hay ahora una literatura extensa y fascinante acerca de la relación existente entre las normas sociales y el derecho. Consulte en nuestro sitio web referencias, conexiones y resúmenes al respecto.

D. *Eficiencia como una motivación judicial*

Nos hemos preguntado si el derecho elaborado por los jueces tiende hacia la eficiencia sin que nadie lo busque conscientemente. Encontramos una presión débil hacia la eficiencia en el mercado de litigación y una presión más fuerte en el mercado de las normas. ¿Qué diremos de las fuerzas más conscientes? ¿Adoptan los jueces conscientemente la eficiencia como meta? Los filósofos discrepan acerca de que un juez pueda decidir correctamente un caso sobre la base de la eficiencia. Por ejemplo, podría decirse que los jueces deben asignar los derechos legales con justicia y que la asignación justa no tiene ninguna conexión sistemática con una asignación eficiente. A pesar de tales argumentos, los jueces prefieren a menudo las reglas más eficientes, pero sus propias descripciones emplean términos distintos de la "eficiencia". El derecho contiene principios de eficiencia, con otros nombres.

No podemos desarrollar aquí esta teoría sistemáticamente, pero podemos proveer algunos ejemplos sugerentes. Hemos sostenido repetidamente que los incentivos eficientes requieren que los que toman decisiones privadas internalicen los costos y los beneficios. Es decir, que los que toman decisiones privadas enfrentan incentivos eficientes cuando asumen costos sociales. La ley prescribe a menudo la internalización de los costos. Por ejemplo, recuérdese nuestro análisis del derecho de los ilícitos culposos en el capítulo VI. Un victimario puede evitar la causación de un daño a otro tomando precauciones contra los accidentes. La internalización requiere que los victimarios procedan como si el daño fuese propio (es decir, como si el daño formara parte de sus costos esperados). Cuando los victimarios internalizan el costo del daño, lo equilibrarán contra el costo de la precaución, como lo requiere la eficiencia económica. Por ejemplo, el derecho de los ilícitos culposos requiere que los victimarios tomen precauciones como si el daño causado accidentalmente a otro fuese un daño a sí mismo. Los jueces pueden decir que éste es "un requerimiento de que los victimarios muestren igual preocupación por los daños sufridos por otros que por sus propios daños". Pero esto es simplemente la internalización del costo con otro nombre.

Veamos otro ejemplo del uso que hacen los tribunales de una terminología diferente cuando deciden los casos sobre la base de la eficiencia. Cada dólar que el demandante reciba en un juicio legal deberá ser pagado por el demandado, de modo que el efecto inmediato del fallo es pura redistribución. Es posible que movidos por su interés propio, los litigantes egoístas tengan preferencias diametralmente opuestas en lo tocante a la distribución de lo que está en juego. Pero supongamos que ven más allá de la división inmediata de lo que está en juego y consideran los efectos futuros de la regla legal que se aplica a su disputa. Aunque discrepen acerca de este caso, es posible que convengan en lo tocante a la regla que les gustaría utilizar para resolver las disputas que surjan en el futuro.

Consideremos un ejemplo. Las reglas de la negligencia, tal como solían funcionar en los países de derecho común (cuando la negligencia contributiva impedía por completo la recuperación), eran de todo o nada: el demandante tenía derecho a la compensación plena del daño, o no era responsable el demandado. En los últimos años, muchas jurisdicciones han abandonado las reglas del todo o nada en favor de la negligencia comparativa. Según la regla de la negligencia comparativa, cada parte es responsable de los costos de los accidentes en proporción al daño que haya causado. Por ejemplo, si el demandado fue dos veces más negligente que el demandante, el primero será responsable de dos tercios del daño.

Supongamos que todos los que viven en una jurisdicción gobernada por una regla de todo o nada favorecen el cambio a una regla de negligencia comparativa. Supongamos además que alguien resulta dañado en circunstancias en las que la regla actual impone todos los costos a la otra parte, mientras que la negligencia comparativa dividiría los costos entre ambas partes. La víctima del accidente deseará que esta disputa se resuelva utilizando la ley actual, aunque al igual que todos los demás esté a favor de que las disputas futuras se resuelvan por la nueva regla de la negligencia comparativa.

En un sistema de derecho común, un tribunal podría tomar tal caso como la ocasión propicia para cambiar el derecho, de la antigua regla de todo o nada a la nueva regla de la negligencia comparativa. Podrían formularse argumentos válidos acerca de que los jueces están facultados para abandonar una regla en favor de otra que mejore la situación de todos en el futuro. Ciertamente, un tribunal que hiciera ese cambio lo justificaría señalando los beneficios futuros que todos disfrutarían. La aplicación retrospectiva de la nueva regla puede defenderse alegando que todos prefieren su aplicación futura.

La eficiencia de Pareto es una norma importante en la ciencia económica. De acuerdo con esta norma, una mejora coloca a alguien en mejor situación sin empeorar la situación de nadie. Cuando un tribunal de apelación adopta un nuevo precedente, una de las partes gana y la otra pierde. Un cambio en el que hay algunos perdedores no es una mejora en los términos de la norma de Pareto. Por lo tanto, la norma de Pareto en su interpretación más simple no provee una

guía para la adjudicación de las disputas. Sin embargo, hemos explicado que quienes discrepan acerca de la mejor regla para la resolución de su disputa actual podrían convenir en cuál es la mejor regla para la resolución de las disputas futuras. Si la aplicación futura de una regla nueva mejora la situación de algunas personas sin empeorar la situación de nadie, diremos que la regla nueva es una mejora de acuerdo con la norma de Pareto *ex ante*.

Este concepto modificado de la eficiencia de Pareto es muy valioso en el análisis económico del derecho: Cuando un tribunal de apelaciones adopta una nueva regla cuya aplicación futura sea mejor para todo el mundo, el tribunal puede estar argumentando en un lenguaje diferente que el nuevo precedente es Pareto eficiente *ex ante*.

PREGUNTA X.24

En el capítulo VI explicamos la regla de Hand para determinar la negligencia de un victimario. ¿Requiere la regla de Hand que los "victimarios muestren por los daños que sufren otros la misma preocupación que por los propios daños"?

CONCLUSIÓN

En este capítulo desarrollamos la teoría requerida para el análisis de la eficiencia del proceso legal. Definimos una medida simple de los costos sociales; distinguimos el proceso legal por etapas, y modelamos los efectos de incentivo de diferentes reglas en cada etapa. El siguiente capítulo analiza temas más específicos relacionados con el proceso legal y los intentos de evaluar su eficiencia y equidad.

LECTURAS RECOMENDADAS

Bone, Robert, *The Economics of Civil Procedure*, Foundation Press, Nueva York, 2002.

Cooter, Robert, y Daniel Rubinfeld, "Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution", *Journal of Economic Literature*, vol. 27, 1989, p. 1067.

Daughety, Andrew F., y Jennifer Reinganum, "Economic Theories of Settlement Bargaining", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 1, 2005, p. 35.

Hadfield, Gillian K., "Bias in the Evolution of Legal Rules", *Georgia Law Journal*, vol. 80, 1992, p. 583.

Hay, Bruce, y Kathryn Spier, "Settlement of Litigation", en Peter Newman (comp.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Palgrave Macmillan, Londres, 1998.

XI. TEMAS EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL PROCESO LEGAL

EL PROCESO legal es un sistema de incentivo que evolucionó a lo largo de siglos de ajustes. Su lógica fundamental reduce la injusticia de la resolución de disputas en términos diferentes a los requeridos por la ley y los hechos. La reducción de estos errores legales requiere de procedimientos costosos. En el capítulo anterior se desarrolló una medida simple de los costos sociales —la suma de los costos de los errores legales y los costos administrativos de evitarlos— y se aplicó a las etapas del proceso legal. En resumen, ¿el proceso legal es el mejor instrumento para la justicia o es innecesariamente engorroso y caro?

La mayoría de los abogados desean hacer justicia y ganar dinero. A menudo, los abogados se benefician de las reglas que imponen procedimientos costosos, al igual que las empresas de una industria se benefician mediante la formación de un cártel. ¿Cómo podemos saber la diferencia entre las reglas procesales del proceso legal que promueven la justicia a un costo razonable y aquellas que aumentan los ingresos de los abogados? A fin de conocer la diferencia, este capítulo se desarrolla a través de las etapas del proceso legal y aborda temas específicos. En la primera parte, intentamos evaluar las consecuencias de las reglas de un proceso en particular sobre los costos sociales. Después, en la segunda parte presentamos diversos estudios empíricos sobre los aspectos del proceso legal.

1. RECLAMACIONES, ABOGADOS, MOLESTIAS Y OTRAS CUESTIONES EN EL PROCESO LEGAL

Esta sección profundiza en algunos de los temas que presentamos en el último capítulo. Comenzamos con una discusión de lo que determina la decisión de presentar una reclamación legal y continuamos a través de un análisis del mercado de servicios legales, juicios de molestias, juicios unitarios *vs.* juicios segmentados y otras cuestiones.

A. *Presentación de reclamaciones*

Una demanda inicia con la presentación de una reclamación. ¿Cómo determina un individuo si presenta o no una reclamación? ¿Qué es lo que determina el número total de reclamaciones que consiguen interponerse? La presentación de reclamaciones legales debería aumentar con los incrementos de los sucesos que las causan, tales como accidentes, promesas incumplidas, invasiones de propiedades, etc. También debería aumentar con las disminuciones del costo de presentación de una reclamación, incluido el costo de la contratación de un

abogado. Por último, la presentación de reclamaciones legales debería aumentar con los incrementos del valor esperado de la reclamación. Hemos identificado tres causas inmediatas de la presentación de reclamaciones legales:

1. los daños que causan las disputas,
2. el costo de la presentación de una reclamación, y
3. el valor esperado de la reclamación.

Para ver cómo funcionan estas causas, consideremos de qué manera un aumento en los daños monetarios otorgados en el juicio a los demandantes ganadores afectaría la presentación de reclamaciones legales. Un aumento de los daños monetarios otorgados en un juicio aumenta el valor esperado de un juicio *(VEJ)*, lo que incrementa el valor esperado de la reclamación legal y conduce a la presentación de más reclamaciones. Por ejemplo, supongamos que la víctima de un accidente debe pagar $501 para ir a juicio, en el que espera perder con una probabilidad de 0.5 y ganar $1 000 con una probabilidad de 0.5. Por lo tanto, el valor esperado del juicio es igual a -$501 - 0.5($0) + 0.5($1 000) = -$1. En este caso, es poco probable que el demandante presente una reclamación. Pero si los daños otorgados a un demandante exitoso aumentan a $2 000, el valor esperado del juicio será igual a $499, y es probable que el demandante presente una reclamación.

Un aumento de los daños otorgados a los demandantes exitosos tiende a aumentar la presentación de reclamaciones legales a través del incremento del valor esperado del juicio, pero tiene también un efecto en la dirección contraria. Los demandados potenciales pueden evitar a menudo las disputas evitando los daños que las causan. Si aumentan los daños otorgados a los demandantes exitosos, o si aumenta la probabilidad de que los demandantes ganen, o las dos cosas, lo que resumimos diciendo que aumentaron los daños esperados por los demandantes, los demandados potenciales tomarán más precauciones y así darán a los demandantes potenciales menos oportunidades para presentar reclamaciones legales. Por lo tanto, un fabricante puede incrementar el control de calidad para reducir los defectos que expondrían a la compañía a reclamaciones de responsabilidad por los consumidores afectados.

Estas consideraciones sugieren una predicción acerca de la conexión existente entre la magnitud de los daños otorgados a los demandantes exitosos y el número de reclamaciones legales presentadas. Si los daños son iguales a cero, el valor esperado del juicio es tan bajo que los demandantes potenciales rara vez presentarán una reclamación. A medida que aumentan los daños, más demandantes potenciales presentarán reclamaciones. Pero a medida que los daños aumentan más aún, los demandados potenciales responderán dando a los demandantes potenciales menos motivos para ejercitar una acción legal. Finalmente se llega a un punto en el que el número de reclamaciones empieza a

disminuir a medida que aumentan los daños. La gráfica XI.1 representa estos hechos. El número de reclamaciones, que se lee en el eje vertical, alcanza su punto máximo cuando el fallo esperado, que se lee en el eje horizontal, es igual al valor denotado por $\tilde{d}$. El efecto de un aumento pequeño en los daños tras la presentación de las reclamaciones depende de que el punto de partida se encuentre por debajo o por encima de $\tilde{d}$. Por debajo de $\tilde{d}$, un pequeño incremento de los daños aumentará el número de las demandas presentadas. Por encima de $\tilde{d}$, un pequeño incremento de los daños disminuirá el número de las demandas presentadas.

GRÁFICA XI.1. *Los juicios como una función de los daños*

B. *Presentación de reclamaciones y el número de reclamaciones legales*

En los Estados Unidos, los tribunales cobran honorarios por la presentación de una reclamación y por cada una de las etapas subsecuentes del proceso legal. Sin embargo, los honorarios que pagan los litigantes son una fracción del costo total para el Estado. Los contribuyentes deben pagar la diferencia. Como ocurre con muchos otros subsidios estatales, la extensión del subsidio se desconoce porque los tribunales no llevan los registros financieros requeridos. En teoría, el subsidio podría variar entre 100 y 0%.

Algunos países del derecho civil, incluidos México y Chile, interpretan el derecho de los ciudadanos en el sentido de que el Estado no debe cobrar honorarios por el uso de los tribunales en los juicios civiles, incluidos los causados por la presentación de una reclamación. En estos países, el subsidio es más cercano al 100% que al 0%. A menudo, en lugares donde los litigantes pagan honorarios bajos, el tribunal gasta poco en decidir un caso, basándose principalmente en documentos escritos en lugar de escuchar el testimonio. En

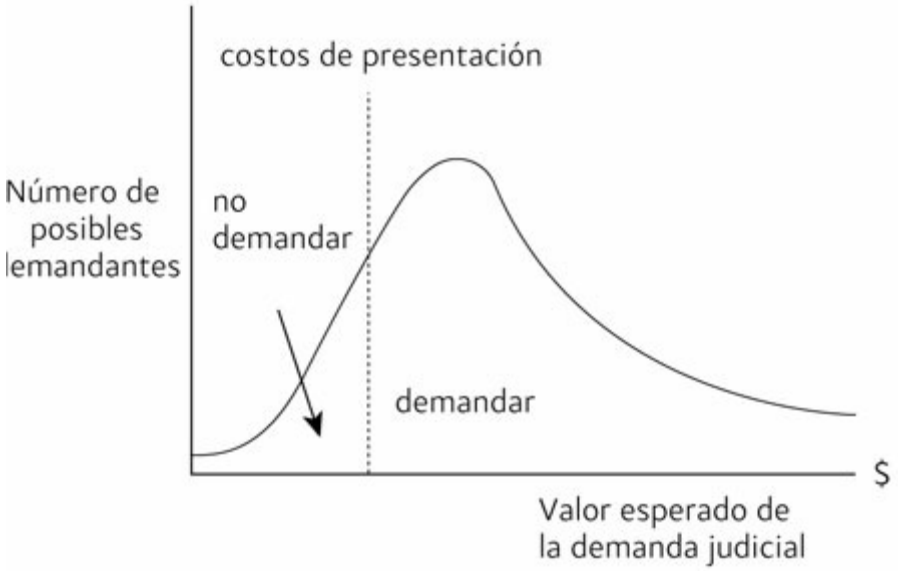
cambio, los abogados alegan que algunas jurisdicciones del mundo fijan honorarios para cubrir el costo efectivo para el Estado del uso de los tribunales para resolver disputas privadas, pero no podemos encontrar datos que confirmen estas afirmaciones.

Así es como un tribunal utilizaría los principios económicos para fijar los honorarios de presentación. El eje horizontal de la gráfica XI.2 indica el valor esperado de la reclamación legal en el momento de la presentación (*VER*), mientras que el eje vertical indica el número correspondiente de demandantes potenciales. Algunos demandantes potenciales tienen reclamaciones legales valiosas y otros tienen reclamaciones legales sin valor. La línea que indica los costos de la presentación (*CP*) parte la distribución de los demandantes potenciales en dos grupos. Para los demandantes que se encuentran a la izquierda de *CP*, el costo de la presentación supera al valor esperado de la reclamación legal, de modo que estos demandantes no demandarán. Para los demandantes que se encuentran a la derecha de *CP*, el valor esperado de la reclamación legal supera al costo de la presentación, de modo que estos demandantes sí demandarán. Por lo tanto, los costos de presentación actúan como filtro para las disputas. Las disputas de alto valor pasan el filtro y se convierten en juicios legales, mientras que las disputas de bajo valor se quedan atrapadas en el filtro y no se convierten en juicios legales.

Cambiando los costos de presentación, los funcionarios mueven la línea divisoria de la gráfica XI.2. Aumentando los honorarios que cobran los tribunales por recibir una reclamación legal, se desplaza hacia la derecha la frontera de la gráfica XI.2, provocando la presentación de menos reclamaciones. Por lo tanto, el valor mínimo de los juicios se incrementa. En cambio, al reducir los honorarios que cobran los tribunales se desplaza hacia la izquierda la frontera de la gráfica XI.2 causando la presentación de más reclamaciones y reduciendo el valor mínimo de los juicios.

¿Cómo se relaciona la presentación de reclamaciones con la eficiencia social? Las autoridades deberían fijar los honorarios que cobran los tribunales por presentar una reclamación legal, de modo que se minimice la suma de los costos administrativos y los costos del error: $\text{mín}[c_a + c(e)]$. Las autoridades pueden hacer cálculos para determinar si deberían aumentar o disminuir los honorarios por presentar una reclamación. Cuando hacen tales cálculos, las autoridades deberán concentrarse en el caso marginal, que se encuentra en la frontera entre "no demandar" y "demandar" en la gráfica XI.2. Para el caso marginal, los costos de presentación son iguales al valor esperado de la reclamación legal, $CP = VER$. Un pequeño aumento de los honorarios que cobran los tribunales por presentar una reclamación legal hará que el demandante marginal se abstenga de demandar. Por lo tanto, el demandante marginal recibirá 0 en lugar de *VER*. Las autoridades deberán comparar el ahorro resultante de los costos administrativos y el costo del error resultante.

GRÁFICA XI.2. *Número de demandas presentadas*



Muchas constituciones otorgan a los ciudadanos el derecho a tener un juicio para resolver sus disputas. En algunos países este derecho se interpreta en el sentido de que los juicios deben ser gratuitos para las partes. Sin embargo, en otros países el derecho constitucional a un juicio se ha interpretado para permitir la evaluación de los "costos judiciales" en contra de las partes involucradas en la controversia. Nuestro modelo prevé que los juicios gratuitos darán lugar a la presentación de más reclamaciones que un sistema con costos judiciales. Más adelante se explica que los costos judiciales que pagan las partes involucradas en una disputa en los Estados Unidos y en otros lugares son sólo una parte del costo total que representa un juicio para el Estado. Presumiblemente, la eliminación de este subsidio daría como resultado una disminución en los juicios en los Estados Unidos.

Del mismo modo, el derecho constitucional de los estadunidenses a un juicio ante jurado se interpreta en el sentido de que no se cobrará ningún honorario extra por el mismo. Los ciudadanos estadunidenses son seleccionados para servir en los jurados a cambio de una remuneración mínima. Si el costo real del jurado se incluyera dentro de los honorarios judiciales que se imponen a las partes, un menor número de partes solicitaría un juicio ante jurado y habría más partes conformes con la decisión del juez sobre los hechos del caso.

PREGUNTA XI.1

Supongamos que el incumplimiento de los contratos comerciales influye fuertemente sobre la producción, mientras que las disputas de la propiedad en los divorcios afectan la distribución (pero no la producción). Explique las consecuencias de estos supuestos para la fijación de los honorarios de presentación al nivel eficiente en las disputas que se refieren a los contratos comerciales y en las disputas que se refieren a la propiedad en los divorcios.

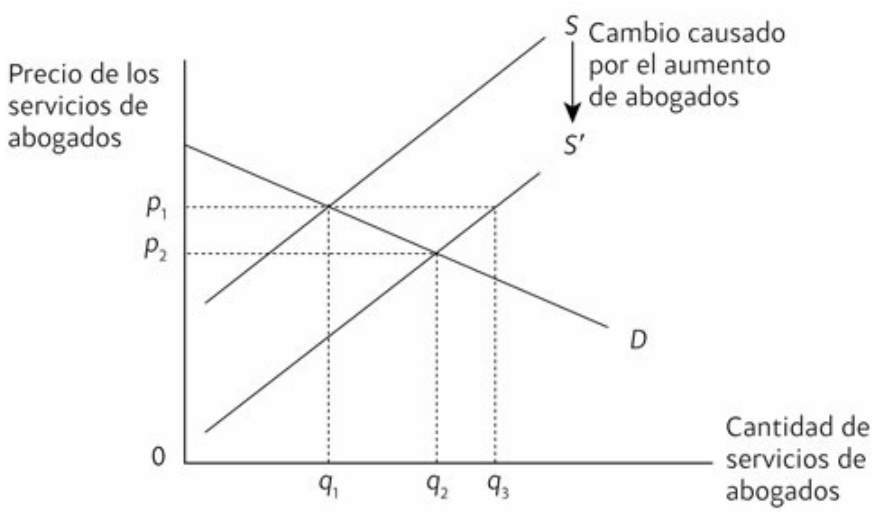
He aquí el chiste de un abogado en los días de vaqueros en el viejo oeste: "Cuando llegué a Shinbone, yo era el único abogado en el pueblo y casi muero de hambre. Ahora hay dos de nosotros y estamos construyendo casas nuevas". El chiste sugiere que el mercado de servicios legales funciona en dirección contraria a la del mercado de otros bienes. En la teoría económica, un aumento en el suministro de un bien o servicio produce una caída en su precio. En la broma acerca de Shinbone, un mayor número de abogados ocasiona mayores precios de los servicios legales mediante la creación de más disputas legales.

De hecho, en los Estados Unidos el número de abogados ha aumentado rápidamente en los últimos años. En consecuencia, ¿qué ha sucedido con el precio de los servicios legales: ha aumentado o ha disminuido? ¿Quién tiene la razón: el chiste sobre Shinbone o la teoría económica? Consideremos con más atención cómo afecta un aumento del número de abogados la presentación de reclamaciones legales. El efecto de un aumento en el número de abogados depende de la organización del mercado de servicios legales, que el colegio de abogados regula en todos los países. Como punto de referencia, consideremos primero los efectos de un aumento en el número de abogados en un país que tiene una regulación relativamente laxa del mercado de servicios legales. Por "regulación laxa" queremos decir que los abogados disfrutan de gran libertad para celebrar contratos con sus clientes, como ocurre en los Estados Unidos. En un mercado libre, donde la oferta y la demanda determinan los precios, un aumento del número de abogados desplaza la curva de oferta hacia fuera, como se representa en la gráfica X.3. El desplazamiento de la curva de oferta, de S a S', hace que el precio de los servicios de los abogados baje de p_1 a p_2. Por lo tanto, el aumento de la oferta de abogados disminuye el costo de presentar demandas. Una baja en el precio de los servicios de los abogados, de p_1 a p_2, hace que la demanda de los servicios de los abogados aumente de q_1 a q_2. Concluimos que un aumento en el número de abogados hace que se presenten más demandas.

Por ejemplo, el abogado del demandante en algunos casos de ilícitos culposos, en los Estados Unidos, recibe una compensación bajo la forma de "honorarios de contingencia", lo que quiere decir que los abogados obtienen una parte de los fallos si sus clientes ganan, y nada si sus clientes pierden.[1] Supongamos que el demandante espera ganar $1 000 con una probabilidad de 0.5, y los honorarios de contingencia son iguales a 0.3. Entonces, el valor esperado del caso para el abogado del demandante es igual a $1 000(0.5)(0.3) = $150. Si la preparación y la instrucción del caso toman dos horas, la ganancia esperada del abogado es igual a $75 por hora. Por lo tanto, un abogado maximizador de su beneficio tomará el caso mientras no tenga una alternativa que pague más de $75 por hora. A medida que aumenta el número de abogados, disminuyen las oportunidades disponibles para el abogado promedio. Cuando aumenta el número de abogados,

algunos casos que ningún abogado habría tomado antes se presentarán sobre la base de honorarios de contingencia.[2]

GRÁFICA XI.3. *Efectos de un aumento en el número de abogados sobre el mercado de servicios de los abogados*



Algunos abogados estadunidenses dicen que: "El derecho era una profesión y ahora es un negocio". La creciente presión de las fuerzas del mercado ha disminuido sin duda la intimidad y la comodidad entre abogados. Sin embargo, como grupo los abogados no son víctimas pasivas de los mercados. Como ocurre en otras asociaciones profesionales, el colegio de abogados de cada país trata de controlar las puertas de la profesión para mantener baja la oferta de servicios legales y elevar el precio. El colegio ejerce este poder primordialmente al fijar altas calificaciones profesionales para el derecho de litigar en el tribunal u ofrecer servicios legales.[3]

El colegio no es inmune a la ley de la oferta y la demanda. Sin embargo, en muchos países el colegio se ha aislado en la mayor medida posible del mercado de servicios legales. Por ejemplo, en muchos países, la ley prescribe el precio mínimo que los abogados pueden cobrar por sus servicios legales. Esto es más o menos cierto para el caso de Alemania, aunque las prácticas reales son complejas. Cuando la ley prescribe una tabla de honorarios para los servicios legales, y la tarifa se aplica efectivamente, un aumento en la oferta de abogados no podrá cambiar los honorarios por los servicios legales. Por el contrario, un aumento en el número de abogados causará más desempleo entre ellos.

Para demostrar este hecho, supongamos que una ley fija el precio de los servicios legales en p_1 de la gráfica XI.3. Si la curva de oferta de abogados está dada por S, el precio legal, p_1, no tendrá ningún efecto, porque tan sólo confirmará el precio del mercado. Pero supongamos que la curva de oferta de abogados se desplaza de *S* a *S*', mientras que el precio de los servicios legales

permanece igual a p_1. La demanda de abogados a este precio es igual a q_1, pero después del desplazamiento de la oferta, de *S* a *S*', la oferta de abogados al precio p_1 es igual a q_3. La expresión (q_3 - q_1) mide la cantidad en que la oferta supera a la demanda ("oferta excedente"), lo que se correlaciona estrechamente con el número de abogados que desean trabajar al precio p_1 y no pueden encontrar empleo.

En efecto, los abogados alemanes jóvenes a veces se quejan del desempleo o el subempleo, y la ley les prohíbe atraer clientes cobrando honorarios más bajos. A fin de evadir la prohibición, los abogados alemanes jóvenes podrán tratar de atraerse clientes gastando más horas en la misma tarea legal que un abogado alemán maduro completaría rápidamente, u ofreciendo servicios adicionales "gratis". En general, la prohibición de la competencia de precios promueve la competencia por la calidad y el descuento en secreto.

Además de prescribir los precios, la ley puede aumentar los ingresos de los abogados restringiendo la entrada al colegio de abogados. En algunos países como Brasil, muchos alumnos estudian derecho y pueden unirse al colegio de abogados después de graduarse de la universidad. En otros países como los Estados Unidos, para formar parte del colegio de abogados es necesaria una capacitación especial en una escuela de derecho después de terminar la universidad y la aprobación de un examen riguroso —el "examen del colegio de abogados".[4] En algunos países, como Japón, la pertenencia al colegio de abogados está muy restringida por un examen estatal sumamente difícil. A diferencia de los estudiantes de Brasil, incluso los estudiantes japoneses inteligentes que estudian derecho durante años no aprueban el examen del colegio de abogados. Podemos interpretar la gráfica XI.3 para predecir los efectos de estas restricciones. Un aumento en la dificultad del examen del colegio de abogados reduce la oferta de los miembros del colegio. La curva de oferta se desplaza hacia arriba, de *S*' a *S*, lo que hace que los servicios legales caigan de q_2 a q_1, mientras que sus salarios aumentan de p_2 a p_1.

PREGUNTA XI.2

La regulación de precios impide que algunas personas compren un bien que valúan más de lo que cuesta su oferta. Aplique esta proposición a la gráfica XI.3, suponiendo que el Estado fija el precio en p_1 y S' representa a la oferta.

PREGUNTA XI.3

Si la mayor parte de la litigación es una forma costosa de la redistribución, la política pública debería desalentarla en aras de la eficiencia económica. Compare la eficiencia de las siguientes restricciones al mercado de servicios legales: a) pagos bajos otorgados como compensación de los daños; *b)* honorarios altos cobrados por el tribunal por presentar una reclamación legal; *c)* honorarios de los abogados fijados por el Estado a un nivel elevado.

PREGUNTA XI.4

El seguro contra la litigación desplaza los costos legales de los demandantes o los demandados a los aseguradores. ¿Cómo cree usted que este seguro afectará al número de las demandas presentadas?

NOTA WEB XI.1

Consulte en nuestro sitio web un resumen de cierta literatura reciente sobre la profesión legal. Allí analizamos y comparamos cómo diferentes países educan, organizan y regulan a los abogados.

D. *Problema de la agencia*

Recordemos que en el capítulo VIII construimos la teoría de los contratos con base en el "juego de la agencia". En este juego, el principal decide si pondrá o no un activo valioso bajo el control del agente, y el agente decide si cooperará o se apropiará del activo. En una disputa legal, el demandante pone una reclamación legal bajo el control de un abogado. El abogado puede servir al cliente o explotarlo. El abogado da a su cliente asesoría y hace un esfuerzo para ganar el juicio. En consecuencia, el mercado de servicios legales es un juego de la agencia.

Demandas colectivas

¿Ha expedido alguna vez un cheque por una suma mayor a la que tenía en su cuenta? Por lo general, tal cheque "rebota" y su banco le cargará unos honorarios llamados DSF (comisión por cheque devuelto sin fondos). En California, en 1975, el Crocker Bank cargó $6 al señor Perdue por girar un cheque DSF. El señor Perdue demandó al banco en un juicio que finalmente llegó a la Suprema Corte de California. Cuesta mucho más que $6 la litigación de un caso hasta ese punto. El señor Perdue y sus abogados litigaron este caso porque lo que estaba en juego excedía ampliamente los $6. En efecto, el señor Perdue ejercitó esta acción no sólo por su propia cuenta, sino también por cuenta de todos los cuentahabientes del Crocker Bank que pagaban cargos de cheques DSF. Si ganaba, el señor Perdue recuperaría sus $6 y todos los demás recargos que según se alegaba había hecho el Crocker Bank contra sus clientes.

Cuando un demandante trata de ejercitar una acción por cuenta de una clase de demandantes, el tribunal deberá decidir si "certifica" una "demanda colectiva" y permite que alguien como el señor Perdue demande a nombre propio y de todos los demás miembros de la clase presunta. Éste es un problema delicado porque un triunfo del señor Perdue extinguirá las reclamaciones de todos los demás. Cuando triunfa una demanda colectiva, los miembros de la clase, que en su mayor parte ni siquiera fueron

consultados al respecto, habrán perdido su derecho a demandar.

¿Cuándo debería certificarse una clase? El análisis económico sugiere que las demandas colectivas son apropiadas cuando los intereses en juego son grandes en total y pequeños para cualquier demandante individual. En nuestro ejemplo, la suma de las comisiones por cheques DSF para todos los cuentahabientes del Crocker Bank medía aproximadamente los intereses en disputa, y los intereses de cada cuentahabiente individual ascendían aproximadamente a $6. Por lo tanto, la certificación de una clase parece apropiada.

Una vez certificada una clase, si el demandante que representa a la clase acepta un arreglo, o si el demandante triunfa en el juicio, el demandado pagará daños. Este pago de daños deberá distribuirse de tal manera que se beneficie toda la clase de demandantes, no sólo el demandante activo y sus abogados, quienes se inclinan naturalmente a apropiarse una gran parte. Los tribunales deben decidir si es justa una distribución propuesta en una demanda colectiva. Por ejemplo, ¿deberían los abogados del demandante activo, quienes a menudo son responsables de la organización y la iniciación el juicio, ser compensados a su tasa de honorarios normal? ¿O deberían recibir más que sus honorarios habituales a fin de compensarlos por asumir el alto riesgo de perder el juicio? La distribución de pequeñas sumas de dinero entre todos los miembros de la clase es casi siempre prohibitivamente costosa. A veces, el tribunal aprueba una distribución para algunos miembros de la clase y la donación de la recuperación restante a una institución de caridad que beneficia a personas similares a los miembros de la clase.

En términos técnicos, los accionistas clasistas consolidan idealmente la litigación para alcanzar economías de escala y proveer un remedio legal para los daños pequeños que son grandes en el total. (Además, las demandas colectivas se usan a veces para reducir los costos totales de litigación en delitos culposos masivos, como ocurre con las víctimas de los asbestos o, como vimos antes en una nota web del capítulo IX, los lesionados por el consumo de tabaco.)

Los beneficios económicos potenciales de las demandas colectivas son claros, pero recientemente algunos han planteado la posibilidad de que también existen costos económicos. El sentido de la inquietud es que hay algunas circunstancias en las que el tribunal certifica una clase de demandantes para que procedan en contra de un demandado aunque los méritos de cada reclamación individual sean muy pequeños (de modo que la probabilidad objetiva de que cada individuo se imponga es pequeña). Pero el riesgo para el demandado si la clase se impone es tan catastrófico que el demandado es chantajeado, en esencia, para arreglar una demanda colectiva, a pesar de que podría haber ganado cada disputa individual con los

miembros de la clase.

Éstos son precisamente los argumentos formulados por el juez Richard A. Posner en "In the Matter of Rhone-Poulenc Rorer, Inc.", 51 F.3d 1293 (7th Cir. 1995). En ese caso, la litigación involucraba a un grupo de alrededor de 300 hemofílicos que alegaron que se habían convertido en VIH-positivos como consecuencia de tomar AHF, un agente coagulante fabricado por Rhone-Poulenc Rorer, Inc. a principios de la década de 1980. Todos los 300 demandantes tenían reclamaciones suficientemente similares para buscar y obtener la certificación como una clase de parte del tribunal federal de distrito. En la apelación, el juez Posner se mostró renuente a certificar la clase. De los 13 casos individuales que se habían atraído en esta apelación, 12 los había ganado el demandado y el juez Posner especulaba que probablemente el demandado habría ganado la gran mayoría de los casos individuales restantes. Sin embargo, sugirió que si la clase se certificaba, se presentarían muchos más demandantes, quizás miles. En esa circunstancia Rhone-Poulenc Rorer podría perder 25 000 millones de dólares por posible responsabilidad y, en consecuencia, la bancarrota. "Es probable que deseen arriesgarse. Eso es decir poco. Estarán bajo mucha presión para llegar a un arreglo". El juez Posner citó al juez Henry Friendly diciendo que, "los arreglos inducidos por una probabilidad mínima de un juicio inmenso en una demanda colectiva [son] 'arreglos por chantaje'". Es decir, que existen circunstancias en las que el simple acto de la certificación de una clase puede ser suficiente para convertir una demanda de mérito bajo en un alto riesgo de fracaso catastrófico que el demandado será obligado a llegar a un arreglo.

Estas inquietudes acerca de que las demandas colectivas crean presión para llegar a un arreglo pueden ser exageradas. Véase Charles M. Silver, "'We're Scared to Death': Class Certification and Blackmail", *New York University Law Review*, vol. 78, 2003, p. 1357. Pero el Congreso encontró las inquietudes suficientemente convincentes para aprobar la Ley de Imparcialidad en las Demandas Colectivas en 2005, la cual amplió la jurisdicción federal en las certificaciones de clases e impuso restricciones a los honorarios de los abogados en las demandas colectivas.

La mayoría de los demás países, incluyendo a los de la Unión Europea, no han permitido la litigación de demandas colectivas. Eso podría estar cambiando; la Unión Europea parece estar a punto de permitir la litigación de demandas colectivas.

PREGUNTA XI.5

Explique los efectos de las demandas colectivas sobre el número de los juicios, utilizando nuestra distinción de las causas en *1)* daños, *2)* costos de presentación y 3) valor esperado de la reclamación legal.

Consideraremos los incentivos de los abogados en este juego para ofrecer información y esfuerzo a sus clientes. Consideremos en primer término los incentivos del abogado para trabajar en un caso. Como se explicó en el capítulo VIII, la relación de agencia es eficiente desde el punto de vista del principal y el agente cuando las partes maximizan sus ganancias conjuntas. A fin de maximizar las ganancias conjuntas, el abogado debería trabajar en el juicio hasta que el costo marginal se iguale al beneficio marginal para ambas partes. El costo marginal del tiempo gastado por el abogado en un juicio es igual a su valor en el mejor uso alternativo ("costo de oportunidad"). Si el abogado representa al demandante, el beneficio marginal para el cliente es igual al aumento resultante en el valor esperado de la reclamación del cliente. Si el abogado representa al demandado, el beneficio marginal para el cliente es igual a la disminución resultante del valor esperado de la responsabilidad legal del cliente.

Es notoriamente difícil elaborar un contrato que alcance este ideal. Los contratos con abogados se concentran, por lo general, en tres variables: *1)* el tiempo gastado en el trabajo, *2)* los servicios realizados, y *3)* el resultado de la disputa.[5] En muchos casos, los abogados cobran por hora (o mejor dicho por minuto)[6] . El cobro por hora hace que los abogados externalicen el costo del trabajo en un caso, lo que les da un incentivo para destinar demasiado tiempo al caso. Los abogados cobran también por el servicio prestado (x dólares por presentar una reclamación, *y* por defender el caso en el tribunal, *z* por una apelación, etc.). Los contratos de honorarios por servicios hacen que los abogados internalicen el costo del tiempo adicional gastado en el servicio y externalicen el beneficio, lo que otorga a los abogados un incentivo para dedicar poco tiempo a la prestación de muchos servicios. Con los honorarios de contingencia, el abogado del demandante recibe una parte del resultado, tal como un tercio del monto del arreglo o del fallo. Cuando trabaja por honorarios de contingencia de un tercio, el abogado internaliza el costo del tiempo adicional gastado en el servicio e internaliza un tercio del beneficio resultante. Por lo tanto, cada uno de los tres métodos de remuneración distorsiona los incentivos del abogado lejos de los mejores intereses del cliente, pero cada método distorsiona en una dirección diferente.

En segundo lugar, consideremos los incentivos del abogado para proveer información. Imaginemos que un demandante consulta a un abogado para descubrir si el costo de la presentación de una reclamación supera o no al valor esperado de la reclamación legal resultante, como se representa en la gráfica XI.2. Es posible que una respuesta sincera no maximice la ganancia esperada del abogado. Un abogado a quien se paga por hora, o un abogado a quien se paga por los servicios realizados, podría exagerar el valor esperado de la reclamación legal a fin de inducir al cliente a pagar por presentar una reclamación.

En cambio, un abogado a quien se paga honorarios de contingencia tiene un incentivo para engañar en la dirección contraria. Imaginemos que un demandante consulta a un abogado para descubrir si tomará o no el caso con una contingencia de un tercio. Con este contrato, el abogado internaliza todo el costo de la presentación de la reclamación, así como un tercio del valor esperado de la misma. Por lo tanto, el abogado podría negarse a tomar el caso, aunque el valor esperado de la reclamación supere los costos de la presentación.

Adviértase que este problema de incentivos se resolvería si el abogado tomara el caso con una "contingencia de 100%". Con una contingencia de 100%, el abogado internaliza el costo del trabajo en el caso, así como 100% de la ganancia de un arreglo o un fallo. Una "contingencia de 100%" significa que el abogado conserva el valor total de un arreglo o un fallo; en efecto, el cliente vende la reclamación al abogado. Un mercado competitivo para la venta de reclamaciones legales resolvería el problema de los incentivos para los abogados, pero la ley prohíbe tales transacciones en todas partes.[7]

En los mercados de regulación laxa, como el de los Estados Unidos, los abogados y sus clientes tienen margen de diseñar sus propios contratos. Por lo tanto, el abogado del demandante podría cobrar por hora ciertas actividades, por honorarios fijos otros servicios, y tomar también una contingencia. En los mercados estrictamente regulados, como el de Alemania, el Estado bien podría prescribir los honorarios por los servicios realizados, limitar los honorarios adicionales por el tiempo gastado en el caso y prohibir los honorarios de contingencia. Además, algunos países como Gran Bretaña tienen un "colegio dividido", lo que significa que el cliente trata con un abogado (el "solicitante") y el abogado del cliente escoge a otro abogado (el "colegiado") para defender el caso en el tribunal.[8] La gran variación de soluciones para el problema de la agencia en diferentes países refleja su dificultad, al igual que el poder político de una profesión antigua.

En general, el problema de la agencia entre el abogado y el cliente tiene dos causas: la información asimétrica y la aleatoriedad. El abogado sabe mucho más que el cliente acerca del derecho. Además, el resultado del caso depende de sucesos aleatorios tales como la asignación de un juez y la disponibilidad de un testigo. La aleatoriedad impide que el cliente infiera el desempeño del abogado de los resultados del caso.

A fin de superar estos problemas, la gente a menudo escoge a los abogados por su reputación y sus relaciones a largo plazo, las que inspiran confianza. (Recuérdese que en el capítulo VIII demostramos que las relaciones de largo plazo resuelven los problemas de la agencia.) La reputación explica que las firmas de abogados establecidas reciban una prima por sus servicios. Es posible que la creciente importancia de la reputación explique también el crecimiento sostenido del tamaño de las firmas legales en muchos países. Las firmas grandes son los "nombres comerciales" que denotan la calidad de los servicios legales. Sin

embargo, muchos países crean obstáculos para frenar el crecimiento de los "nombres comerciales" en el campo del derecho. Por ejemplo, algunos países prohíben que las firmas legales se denominen por el nombre de alguien que no esté trabajando efectivamente en ellas, de modo que el nombre de la firma debe cambiar cuando se jubilan los socios de mayor antigüedad. Además, la mayoría de los países restringen o prohíben la publicidad de los abogados, de modo que éstos no pueden hacerse de una reputación dando publicidad a sus triunfos.[9]

PREGUNTA XI.6

Desde un punto de vista económico, las restricciones impuestas a la publicidad de los abogados parecen un instrumento que utiliza el colegio de abogados para limitar la competencia. (Tales restricciones de la publicidad se derrumbaron en los Estados Unidos, no porque violaran las leyes antimonopólicas, sino porque los tribunales decidieron que violaban el derecho constitucional de libre expresión.) Desde un punto de vista económico, ¿es la publicidad de los abogados diferente de la publicidad de otros profesionales, tales como los contadores o los aseguradores?

PREGUNTA XI.7

Honorarios de contingencia:

a) Si el demandante siente más aversión por el riesgo que su abogado, ¿inclinaría este hecho al cliente a preferir honorarios de contingencia u honorarios por hora?
b) Con honorarios de contingencia, el demandante no asume ninguno de los costos del abogado en un juicio. En consecuencia, el demandante puede asumir una postura recalcitrante en la negociación de un arreglo. Explique por qué el abogado del demandante podría beneficiarse también de este compromiso con una negociación dura.
c) Los honorarios de contingencia son comunes para los abogados de los demandantes en los Estados Unidos, pero no para los abogados de los demandados. Con un contrato de honorarios de contingencia, el demandado pagaría una suma fija a un abogado al inicio del proceso legal y el abogado recibiría una fracción del fallo judicial. ¿Los efectos de incentivo de los honorarios de contingencia son los mismos para el abogado del demandante que para el abogado del demandado?

NOTA WEB XI.2

Véase en nuestro sitio web más información sobre el análisis económico de los honorarios de contingencia, el patrón estadístico de los ingresos legales en los Estados Unidos e información adicional sobre las tendencias recientes en la "Ley de los Grandes" (empresas grandes con clientes nacionales e internacionales y reputaciones de larga tradición).

E. *Juicios de molestias*

Demostramos antes que el acuerdo razonable es igual al fallo esperado en el juicio cuando: *1)* el demandante y el demandado tienen las mismas expectativas acerca del juicio, y *2)* el demandante y el demandado asumen los mismos costos de transacción. Los costos de litigación son una forma de costos de transacción.

Ahora demostraremos cómo los costos de litigación divergentes distorsionan los arreglos.

Supongamos que la litigación costará mucho más a una de las partes que a la otra. Por ejemplo, supongamos que un juicio perturbará al demandado más que al demandante. El costo de la perturbación aumenta la carga impuesta al demandado por un juicio. En consecuencia, la posición negociadora del demandado es relativamente débil. Dados estos hechos, un arreglo razonable favorece al demandante.

Para ilustrar con un ejemplo extremo, señalemos que los constructores de Nueva York a veces enfrentan juicios que arreglan para evitar demoras en la construcción. En tal "juicio de molestias", el demandante presenta una reclamación sólo para demorar el proyecto de construcción y obtener un arreglo. El demandante no espera ganar nada del juicio. Así, en lugar de ganar en el juicio, espera que el demandado "lo compre" con un arreglo. El demandado "compra" al demandante a fin de evitar el alto costo de la demora de la construcción.

¿Qué condiciones posibilitan un juicio de molestias? Nuestra teoría de la negociación puede contestar fácilmente esta pregunta. Primero, describimos un ejemplo en el que fracasa un juicio de molestias, y luego cambiamos las cifras para mostrar un juicio de molestias que triunfa.

Supongamos que la litigación costaría $1 000 para el demandante y $1 000 para el demandado, y que un juicio terminaría con la victoria del demandado (*FE* = $0). El valor de amenaza del demandante es — $1 000. Se advierte fácilmente que un arreglo razonable requiere que el demandado pague $0 al demandante.[10] Si el demandante presenta una reclamación y pide un arreglo, el demandado deberá decir que el demandante está blofeando y negarse a llegar a un arreglo.

Ahora cambiemos las cifras. Supongamos que un juicio costaría $1 000 al demandante y $5 000 al demandado, y que el demandante espera ganar $0 en el juicio. El alto costo del juicio para el demandado podría deberse al hecho de que es un constructor de Nueva York. El costo de $5 000 del juicio incluye los costos indirectos de la demora de la construcción hasta que el juicio termine. Con estas nuevas cifras, un demandado racional debería pagar al demandante y arreglar el juicio de molestias. (¿Puede demostrar que un arreglo razonable es igual a $2 000?[11])

Esta explicación de los juicios de molestias deja fuera el hecho potencialmente importante de que una de las partes podría incurrir en costos antes que la otra. Para ilustrar modificando el ejemplo precedente, supongamos que la mayor parte de los costos del demandante, de $1 000, implica la recopilación de hechos antes del juicio, mientras que la mayor parte de los costos del demandado, de $5 000, implica el tiempo gastado en el juicio. En efecto, el demandante debe gastar $1 000 primero, después de lo cual el demandante tendrá el poder de imponer $5 000 en costos al demandado, sin nuevos costos para sí. Antes de gastar nada en

el caso, el demandante pide al demandado un arreglo por $2 000. ¿Deberá el demandado aceptar o rechazar? La respuesta depende de que el demandado piense que el demandante está dispuesto a gastar $1 000 en el caso. Quizá piense el demandado que el demandante no gastará $1 000 para empezar, en cuyo caso el demandado rechazará la amenaza como no creíble. O quizá piense el demandado que el demandante gastará $1 000 para empezar, en cuyo caso el demandado debería llegar a un arreglo antes de que éste se vuelva más caro.

PREGUNTA XI.8

Hagamos un pequeño cambio en las cifras de la gráfica XI.2. Supongamos que la litigación cuesta $20 al demandante, y que éste gana $40 (no $100) en el juicio con una probabilidad de 0.5. Definamos un juicio de molestias como aquel en el que el valor esperado del juicio es no positivo ($VEJ \leq 0$). Demuestre que éste es un juicio de molestias.

PREGUNTA XI.9

La pregunta anterior supuso que el demandante espera ganar $40 en el juicio con probabilidad de 0.5, y que el juicio le cuesta $20. Supongamos que la litigación cuesta $60 al demandado (no $20). Demuestre que un arreglo razonable es que el demandado pague $40 al demandante.

PREGUNTA XI.10

Utilice las cifras de la pregunta precedente, pero suponga que los costos totales de litigación de $80 ($60 para el demandado, $20 para el demandante) los paga la parte *perdedora* (la regla europea de que el perdedor paga todo). Demuestre que un arreglo razonable consiste en que el demandado pague $20 al demandante.

PREGUNTA XI.11

Utilice el análisis de esta sección para explicar por qué podrían ocurrir los "arreglos por chantaje" en algunos litigios de demandas colectivas (páginas atrás véase el recuadro "Demandas colectivas").

E. *Ofrecimientos como filtros*

El optimismo relativo puede dar lugar a juicios ineficientes. Sin embargo, en ocasiones, los juicios ineficientes se producen entre las partes que no son optimistas. Tales juicios se producen debido a la naturaleza estratégica de la negociación. En la década de 1990, el Fideicomiso de Demandantes Dalkon Shield pagó miles de millones de dólares a cientos de miles de mujeres que utilizaron este dispositivo intrauterino anticonceptivo (DIU) y supuestamente sufrieron daños médicos. El problema del Fideicomiso era la distribución del dinero a las víctimas sin comprobar cada caso para determinar el alcance de la lesión de la demandante. Modelamos este problema para mostrar la manera en la que el demandado puede utilizar los ofrecimientos de arreglos para filtrar a los demandantes y determinar la magnitud real de sus lesiones.

Supongamos que el producto defectuoso del demandado ha dañado a algunas

personas que demandan el pago de daños compensatorios. Si una disputa se va a juicio, el demandantes recibirá el pago de daños iguales al costo real de la lesión. Sin embargo, el demandado no puede determinar la verdadera extensión de las lesiones de los demandantes antes del juicio. En consecuencia, el demandado no puede hacer un ofrecimiento de arreglo a cada demandante que iguale la lesión del individuo. En cambio, el demandado considera presentar el mismo ofrecimiento a cada demandante. Los demandantes con lesiones menores aceptarán el ofrecimiento, y los que tengan lesiones mayores lo rechazarán.

Para ser concretos, supongamos que el demandado ofrece $10 000 a cada uno de los demandantes para llegar a un arreglo extrajudicial. Si un demandante rehúsa el ofrecimiento y se va a juicio, la litigación costará $1 000 y el tribunal otorgará el pago de daños iguales al verdadero costo de la lesión. En consecuencia, cada uno de los demandantes acepta el ofrecimiento de llegar a un arreglo por $10 000 si el costo verdadero de la lesión no pasa de $11 000. Por lo tanto, el demandado ofrece pagar más de lo que demandarían los demandantes que tienen lesiones menores para llegar a un arreglo. En cambio, cada uno de los demandantes rechaza el ofrecimiento si el costo verdadero de la lesión pasa de $11 000. Por lo tanto, el demandado ofrece pagar menos de lo que piden los demandantes que tienen lesiones mayores para llegar a un arreglo.

En este ejemplo, el ofrecimiento de un arreglo por $10 000 filtra a los demandantes dependiendo de si la gravedad de sus lesiones pasa o no de $11 000. Aumentar el ofrecimiento a $10 100 filtraría a los demandantes dependiendo de si la gravedad de sus lesiones pasa o no de $11 100. Por otra parte, reducir el ofrecimiento a $9 900 filtraría a los demandantes dependiendo de si la gravedad de sus lesiones pasa o no de $10 900.

¿Cuánto debería ofrecer el demandado a fin de minimizar el costo total de su responsabilidad legal? Entre más ofrezca, pagará más en arreglos y pagará menos en condenas y costos de litigación. Entre menos ofrezca, menos pagará en arreglos y más pagará en condenas y costos de litigación. El demandado minimiza su responsabilidad equilibrando estas consideraciones.

Por ejemplo, supongamos que 50 demandantes llegan a un arreglo cuando el demandado ofrece $10 000, y que 55 demandantes lo hacen cuando el demandado ofrece $10 100. El aumento del ofrecimiento lo obliga a pagar a los 50 demandantes originales $100 adicionales, lo que incrementa sus costos totales en $5 000. Aumentando el ofrecimiento, el demandado arregla con cinco demandantes más y litiga con cinco demandantes menos, lo que le ahorra $1 000 de costos de litigación en cada caso, o sea un total de $5 000. Además, al arreglar con cinco demandantes adicionales, el demandado paga $10 100 a cada uno de ellos y evita de este modo pagarles el pago de una condena. Si se pagara la condena, ello sería más de $11 000 por persona y menos de $11 100, para un promedio aproximado de $11 050.[12] En resumen, aumentar el ofrecimiento en $100 hace que los costos del demandado cambien como sigue:

$100(50)	−	$1 000(5)	+	$10 100(5)	−	$11 050(5)	= −$4 750.
arreglos infra-marginales		costos administrativos		arreglos marginales		fallos marginales	

Si el demandado aumenta en $100 su ofrecimiento ahorra $4 750, por lo tanto, debería aumentarlo. Además, el demandado debería seguir aumentando el ofrecimiento hasta que sus costos dejen de bajar.

A veces, el demandado puede ahorrarse costos haciendo ofrecimientos aleatorios. Por ejemplo, supongamos que el demandado ofrece $10 000 a 80% de los demandantes que presentan una reclamación y $0 a 20% de los demandantes. El proceso aleatorio puede ahorrar costos desalentando los juicios de molestias. Para ver por qué, consideremos que 20% de los demandantes que no reciben ningún ofrecimiento de arreglo se van a juicio o se olvidan del asunto. En este punto, se abandonarán todos los juicios de molestias entre el 20%, porque el valor esperado del juicio es negativo para los demandantes en un juicio de molestias. En efecto, un juicio de molestias es un *bluf*, y estamos suponiendo que el demandado apuesta al *bluf* en el 20% de los casos. Cuando los jugadores blofean en un juego de azar, por lo general sus oponentes se benefician retando el blofeo en cierto número de ocasiones, pero no el 100% ni en el 0% del tiempo.[13]

Contando con más información, el demandante podría desarrollar una estrategia mejor para enfrentar los juicios de molestias. Si el demandado tuviera suficiente información para identificar a los demandantes que tienen mayor probabilidad que los otros de iniciar juicios de molestias, el demandado podría ofrecer un arreglo con ellos con una probabilidad baja, y ofrecer un arreglo con todos los demás demandantes con una probabilidad alta.

G. *Juicios unitarios* vs. *juicios segmentados*

Por lo general, un juicio implica varias cuestiones, la más destacada es la responsabilidad del demandado y, si es responsable, el monto de los daños. Las cuestiones pueden unirse en un solo juicio o distinguirse entre sí y juzgarse por separado. Por ejemplo, la responsabilidad y los daños se deciden en el mismo juicio en la mayoría de los casos de ilícitos culposos en los Estados Unidos, pero a veces se llevan juicios separados para la responsabilidad y los daños. Además, los tribunales europeos a menudo proceden en pequeños segmentos donde se deciden cuestiones separadas en una serie de intercambios entre el juez y las partes involucradas en la disputa. Estos hechos plantean por lo menos dos interrogantes interesantes: ¿son menores los costos de transacción de la resolución de las disputas con juicios unitarios o con juicios segmentados? ¿Favorecen los juicios segmentados a los demandantes o a los demandados?

Los economistas han empezado a ocuparse de estas interrogantes, por ejemplo, mediante el uso de la noción de las “economías de alcance”. Las

“economías de alcance” se refieren a las reducciones del costo que se obtienen combinando dos actividades diferentes. A veces se reúnen las cuestiones de la responsabilidad y de los daños. Como se explicó en el capítulo VI, la demostración de la negligencia según la regla de Hand generalmente requiere que se pruebe la culpa y que se mida también la extensión de los daños. Cuando se reúnen las cuestiones, su decisión simultánea es más barata que su decisión secuencial. Por tanto, las economías de alcance favorecen a los juicios unitarios. En cambio, en ocasiones la cuestión de la responsabilidad se separa fácilmente de la cuestión de los daños. En la ley de patentes, la cuestión de si una nueva innovación viola una patente anterior suele ser completamente distinta a la del daño que la nueva innovación causó al dueño de la patente anterior.

$$\$10000p + \$0(1 - p) > \$3000p > 0.3$$
$$p > 0.3$$

En cualquier caso, un fallo de “no responsabilidad” en el primer juicio impide tramitar un segundo juicio sobre los daños. El ordenamiento secuencial puede ahorrar costos al evitar los juicios subsecuentes —una “disposición de extinción”. Por lo tanto, la minimización de los costos de transacción de la resolución de disputas requiere equilibrar las economías de alcance y los ahorros de las disposiciones de extinción. Las economías de alcance grandes favorecen a los juicios unitarios. Las frecuentes disposiciones de extinción favorecen a los juicios segmentados.[14]

En los Estados Unidos, los jueces tienen discreción para decidir si los juicios deberán ser unitarios o segmentados. Al escoger entre estos procesos, es probable que los jueces ponderen las economías de alcance y la probabilidad de una disposición de extinción, junto con otros factores. Los demandados piden a menudo al juez juicios segmentados, mientras que los demandantes solicitan con frecuencia un juicio unitario. Este patrón ocurre cuando los hechos referentes a la responsabilidad y a los daños muchas veces se refuerzan mutuamente. Por ejemplo, una representación gráfica de los daños puede crear en el jurado simpatía hacia el demandante y predisponerlo para encontrar una responsabilidad. O bien, una representación gráfica de la negligencia puede crear en el jurado hostilidad hacia el demandado y predisponerlo para condenar al pago de grandes daños. El jurado podría comportarse de esta manera aunque, en términos estrictos, el derecho formal prescribe razones independientes para los dos fallos.

Además de estos hechos acerca de la psicología de los jurados, hay una razón racional para que los demandados prefieran los juicios segmentados. Los juicios segmentados tienen una ventaja sobre los juicios unitarios porque permiten separar a los demandantes y obligarlos a revelar la fuerza de sus casos, como ilustraremos con un ejemplo hipotético. Supongamos que los consumidores que

sufren un daño alegan que cierta compañía es responsable. Los demandantes pueden dividirse en dos tipos, de acuerdo con lo que esperen en el juicio. El primer tipo ("demandantes no dañados") perdería en lo tocante a la responsabilidad, y el segundo tipo ("demandantes dañados") ganaría en lo tocante a la responsabilidad y recibiría un pago sustancial por los daños. Los demandantes conocen su tipo cuando inician procedimientos legales, pero el demandado lo ignora. En términos técnicos, los demandantes individuales tienen información privada acerca de su tipo, la que se vuelve pública después del juicio. En consecuencia, el demandado no puede distinguir entre los demandantes al hacer ofrecimientos de arreglo.

En estas circunstancias, un juicio segmentado tiene una gran ventaja para el demandado sobre un juicio unitario. Primero, supongamos un juicio unitario y consideremos los esfuerzos del demandado para llegar a un arreglo extrajudicial. Antes de que se inicie el juicio, el demandado puede hacer un ofrecimiento de arreglo, el cual carece de sentido si los demandantes dañados no lo aceptan. Si el demandado hace un solo ofrecimiento de acuerdo a todos, y éste induce a los demandantes dañados a aceptar, los no dañados lo aceptarán también. Por lo tanto, el único ofrecimiento de acuerdo exitoso de que dispone el demandado es uno que acepten todos los demandantes. En los juicios unitarios, es probable que el demandado llegue a un arreglo con todos.

Segundo, consideremos un juicio segmentado. Si el demandado se niega a hacer un ofrecimiento de arreglo antes del primer juicio, todos los demandantes no dañados abandonarán sus reclamaciones en lugar de perder en el juicio. En cambio, los demandados dañados procederán al juicio. Por lo tanto, el primer juicio separa a los demandantes dañados de los no dañados. Una vez decidida la responsabilidad en el primer juicio, el demandado podrá hacer un ofrecimiento de arreglo sólo a los demandantes dañados. Por lo tanto, la segmentación del juicio permite al demandado distinguir entre los demandantes por sus daños para los fines del ofrecimiento de un arreglo.[15] En general, la segmentación de los juicios permite que los demandados superen la información asimétrica y separen los tipos de demandantes de acuerdo con el vigor de sus reclamaciones.

PREGUNTA XI.12

En el ejemplo anterior, contrastamos los juicios unitarios con los juicios segmentados desde el punto de vista de los costos del demandado. Analice el ejemplo desde el punto de vista de los costos sociales, definidos como la suma de los costos administrativos y los costos del error.

NOTA WEB XI.3

La literatura conductista del derecho y la economía ha investigado un fenómeno conocido como "el sesgo retrospectivo", que puede tener un efecto profundo sobre la capacidad de los juicios para llegar a un resultado social deseable. Véase en nuestro sitio web un resumen de esa literatura y una sugerencia de la forma en que podría impactar a la discusión anterior acerca de los juicios unitarios frente a los segmentados.

En el capítulo IX explicamos que el derecho estadunidense para los accidentes que involucran varios victimarios es la "responsabilidad conjunta y separada con contribución". Según esta regla, si *A* y *B* causaron conjuntamente un daño de 100 a *C, C* puede demandar a *A* por 100 y no demandar a *B*, o puede demandar a *B* por 100 y no demandar a *A*, o puede demandar a *A* por 60 y a *B* por 40. La responsabilidad conjunta y separada con contribución permite a *C* demandar a *A* y a *B* de manera conjunta o separada por cualquier cantidad cuya suma no pase de 100 y, dependiendo de lo que hizo *C*, para que *A* y *B* se demanden entre ellos para recuperar un porcentaje de los 100 que se pagaron a *C*. En resumen, la víctima puede recuperar el costo total de su daño (y no más) de cualquiera de los victimarios conjuntos al que sea más fácil demandar. Generalmente, la víctima va tras el victimario más rico que pueda pagar los daños en su totalidad.

Mientras que la "responsabilidad conjunta y separada" es la regla habitual en los Estados Unidos, la "responsabilidad conjunta" es una alternativa. Según la responsabilidad conjunta, el demandante debe demandar a todos los victimarios de manera conjunta, en lugar de demandarlos por separado. Por lo tanto, *C* debería demandar a *A* y *B* por 100.

¿Qué ley de responsabilidad da lugar a más juicios? Los teóricos legales han supuesto a menudo que la regla de la responsabilidad conjunta y separada con contribución da lugar a menos juicios y más arreglos que la responsabilidad conjunta, debido a que el demandante puede provocar que los demandados se apresuren a llegar a un arreglo, como una manada de vacas en peligro que huye de un incendio. Para entender por qué, supongamos que *A* y *B* causaron conjuntamente un daño de 100 a *C*. De acuerdo con la responsabilidad conjunta y separada con contribución, *C* puede amenazar con demandar a *B* por 70 a menos que *B* acepte un arreglo extrajudicial por 50 y también puede hacer esta amenaza a *A*. Supuestamente el temor de la responsabilidad desproporcionada hace que los demandados se apresuren al arreglo. En cambio, el arreglo según la responsabilidad conjunta requiere que ambos demandados acepten sus términos, lo que podría ser difícil y causaría un juicio.

Sin embargo, este razonamiento es deficiente porque no considera la incertidumbre de los juicios.[16] Supongamos que la probabilidad de que *C* gane 100 en un juicio contra *A* o *B* es de 0.5. *C* adopta esta estrategia: demanda a *A* por 100; si gana la demanda no demanda a B; si pierde demanda a *B* por 100. La ganancia esperada de *C* de esta estrategia es:

$$(0.5 \times 100) + 0.5(0.5 \times 100) = 75.$$

En efecto, la responsabilidad separada con contribución otorga al demandante una póliza de seguro contra el riesgo del juicio. El seguro consiste en el hecho de que el demandante puede tratar de ganar varios juicios, en lugar de tratar de ganar sólo uno. Estando asegurado contra la pérdida en el juicio, el demandante

no estará tan ansioso por llegar a un arreglo. La responsabilidad conjunta y separada hace que el valor esperado de la litigación para *C* aumente de 50 a 75. En consecuencia, *C* pedirá más para aceptar un arreglo extrajudicial, lo que vuelve el arreglo más difícil y el juicio más probable.[17]

Hemos explicado varias razones para la antigua creencia de que la responsabilidad separada con contribución genera más arreglos y menos juicios que la responsabilidad conjunta. Explicamos también la creencia más nueva de que la responsabilidad separada con contribución genera más juicios y menos arreglos que la responsabilidad conjunta. Aunque la teoría es clara, cuál efecto es más fuerte es una cuestión empírica sin respuesta todavía.

PREGUNTA XI.13

En el análisis anterior, comparamos la responsabilidad conjunta con la responsabilidad separada (con contribución) desde el punto de vista del número de juicios. Compare las dos reglas desde el punto de vista de los costos sociales, definidos como la suma de los costos administrativos y los costos del error.

I. *La carga de la prueba y la norma de la prueba*

La teoría económica ha desarrollado un cálculo refinado para la toma de decisiones en medio de la incertidumbre, como invertir en el mercado bursátil, asegurar un automóvil o apostar en Las Vegas. Como explicamos en el capítulo II, este cálculo se llama "maximización de la utilidad esperada subjetiva (UES)". Los actores que contradicen sus reglas se frustran y dan ventajas estratégicas a sus competidores. Un juicio es un suceso incierto que requiere una decisión del tribunal. ¿Corresponden los procedimientos de los tribunales a la lógica de la toma de decisiones económicas en medio de la incertidumbre? Si la respuesta es "sí", los tribunales son económicamente racionales. Si la respuesta es "no", los tribunales son irracionales por las normas aplicables al comportamiento económico.

$$-0.5 \times (100 - 0.5 \times 50) = 37.5 .$$

La ley impone restricciones al comportamiento que algunos individuos no se impondrían a sí mismos. Muchos victimarios no compensarían voluntariamente a las víctimas de los accidentes o del incumplimiento de un contrato, incluso cuando la moral común y la eficiencia económica exigen una compensación. Del mismo modo, las reglas de la prueba imponen restricciones sobre el uso de información por parte de los jueces y los jurados que muchos de los que toman decisiones individuales no se impondrían a sí mismos voluntariamente. Por ejemplo, los jueces estadunidenses no permiten que los testigos declaren acerca de observaciones que les han contado otras personas (la regla contra el dicho de oídas), mientras que los inversionistas racionales suelen permitir que los rumores afecten sus decisiones de compra de acciones. En general, los tribunales

estadunidenses evitan que los rumores, los dichos de oídas y otra información de segunda mano afecten los fallos de responsabilidad o de culpa mucho más de lo que un individuo racional podría evitar que éstos afecten sus opiniones personales.

Las normas procesales imponen restricciones sobre la toma de decisiones en medio de la incertidumbre. Dentro de estas restricciones, los jueces y los jurados se esfuerzan supuestamente para razonar como responsables racionales de la toma de decisiones. ¿Por qué otra cosa podrían esforzarse? La ley restringe las reglas de inferencia, pero no le pide a la gente que abandone su razón práctica. Dentro de las restricciones de las normas procesales cuya justificación no es necesariamente económica, la lógica económica de la elección en medio de la incertidumbre se aplica, presumiblemente, a los tribunales. En consecuencia, existen amplias áreas de acuerdo entre los procedimientos legales y la racionalidad económica.

Dentro de ciertas restricciones de la justicia, las reglas del razonamiento estadístico proporcionan una norma atractiva de la racionalidad a la que los tribunales deberían aspirar. En consecuencia, estas reglas pueden proporcionar una reconstrucción de las aspiraciones de la racionalidad por parte de los tribunales, a pesar de que el lenguaje de los tribunales rara vez invoque las reglas estadísticas. En este sentido, el análisis económico de la toma de decisiones es similar para los tribunales y las empresas. Un buen modelo de comportamiento empresarial supone la maximización de las ganancias, a pesar de que los empresarios no entrenados en la teoría económica no utilicen su lenguaje para razonar acerca de sus elecciones. Del mismo modo, un buen modelo de comportamiento judicial supone la compatibilidad con las normas estadísticas, a pesar de que los tribunales rara vez utilicen el lenguaje de las probabilidades y las estadísticas.

El responsable de la toma de decisiones económicamente racional comienza con algunas creencias previas y las actualiza considerando nuevas pruebas, ajustándose a ciertas reglas de inferencia. El ideal es que la prueba se procese de la misma manera en los juicios. Un jugador racional comienza con creencias previas basadas en la experiencia, las corazonadas y los instintos, y en cualquier información que se pueda extraer acerca del evento en cuestión. Al iniciar un juicio, el juez ordena a los miembros del jurado que se deshagan de todas las creencias previas sobre el caso. Deben comenzar como si no supieran nada de los hechos relacionados con la disputa. Un miembro potencial del jurado con conocimiento de los hechos acerca del caso puede ser excluido del jurado —debería ser un testigo, no un miembro del jurado. En efecto, el juez solicita a un miembro del jurado que construya una estimación de la probabilidad (llamada por los estadísticos "estimación previa de la probabilidad" o "previa") de la responsabilidad del demandado o culpa. Esta estimación construida de la probabilidad supone la ausencia de conocimiento de los hechos particulares

relacionadas con el caso.

Al empezar sin pruebas previas, el jurado debería revisar sus creencias considerando exclusivamente las pruebas admitidas durante el juicio. Además, el juez explica que una de las partes tiene la carga de preparar pruebas para demostrar su posición en la disputa. En los países de derecho común, el demandante debe probar el caso por una preponderancia de la prueba en disputas civiles y también debe probarlo más allá de una duda razonable en los casos penales. (Las normas se formulan de una manera diferente en los países de derecho civil.[18]) La estimación de la probabilidad construida favorece al demandado debido a que el demandante tiene la carga de la prueba.

El jurado actualiza la estimación de la probabilidad construida tomando en cuenta las pruebas permitidas para introducir el juicio, llamada "distribución posterior".[19] Al final del juicio, el responsable legal de la toma de decisiones, ya sea un miembro del jurado o el juez, se habrá formado una estimación de la probabilidad posterior de la probabilidad de responsabilidad del demandado después de escuchar la prueba presentada y admitida en el juicio. Si la probabilidad posterior es superior a 50%, el demandante ha demostrado el caso por la preponderancia de la prueba y merece ganar; de otro modo, el demandante merece perder. Por lo tanto, el razonamiento en la sala del tribunal puede describirse como la elección racional restringida en medio de la incertidumbre, donde se forman las restricciones por las reglas de prueba.[20]

Como se señaló, se trata de una reconstrucción idealizada del razonamiento real en el tribunal, lo que proporciona una norma para la evaluación de la toma de decisiones del tribunal. En este sentido, el comportamiento real de los tribunales a menudo parece desconcertante o irracional, como lo muestra la paradoja del que tumbó la puerta.

Están vendidos todos los boletos para un concierto de rock. El auditorio puede albergar a 1000 personas. Los que tienen boletos entran por las puertas frontales y ocupan 400 asientos. Entonces, antes de que cualquier otra persona con boleto pueda entrar, un grupo de jóvenes rebeldes rompe una puerta trasera y se mete al auditorio, ocupando todos los 600 asientos restantes. Es tan numeroso el grupo rebelde que el organizador del concierto no los puede sacar, de modo que procede con la música.

El organizador del concierto fotografía a la multitud y logra identificar a 100 personas que estaban en la audiencia. De los 100, el organizador no sabe cuáles compraron boletos y cuáles rompieron la puerta, de modo que los demanda a todos. Para el momento del juicio, los talones de los boletos han sido destruidos, de modo que pocos demandados pueden probar que compraron boletos. En el juicio, el abogado del demandante señala que los juicios civiles se fallan de acuerdo con la preponderancia de la prueba. Además demuestra que 600 de las 1 000 personas del audiorio habían tumbado la puerta, de modo que la probabilidad es por lo menos de 0.6 de que cualquiera de los demandados sea culpable. Según el abogado del demandante, la preponderancia de la prueba favorece la responsabilidad para cada demandado, de modo que su cliente merece ganar.

Este uso del razonamiento probabilístico es sólido para apostar sobre si cualquier acusado en particular tumbó la puerta o no, pero el tribunal no lo acepta. Cambiemos los hechos para hacer más aceptable la prueba:

> Uno de los guardias de la puerta trasera supuestamente reconoció a 100 de los que tumbaron la puerta. El organizador del concierto los demanda y el guardia testifica ante el tribunal que los vio tumbar la puerta. Las pruebas que se realizaron al guardia mostraron que recuerda e identifica correctamente las caras de los demandados el 60% de las veces. El abogado del demandante señala que los juicios civiles se deciden de acuerdo a la preponderancia de la prueba y que la identificación del guardia como testigo presencial tiene más probabilidades de ser correcta que incorrecta. Por lo tanto, el abogado sostiene que el demandante merece ganar.

El primer ejemplo de prueba se basa en meras probabilidades (lo que la literatura llama "prueba estadística dura"), que los tribunales ven desfavorablemente. El segundo ejemplo de prueba se basa en el informe de un testigo presencial, que los tribunales ven favorablemente (pero con prudencia). Este ejemplo se construyó de modo que la evidencia probabilística es igual a la confiabilidad del testimonio de un testigo presencial. Aun así, probablemente la evidencia anterior sería excluida en un tribunal estadunidense, y la segunda evidencia se permitiría, por lo que es probable que el demandante pierda el caso bajo el primer conjunto de hechos y que gane bajo el segundo conjunto de hechos. Sin embargo, un jugador racional daría igual peso a la prueba probabilística y al testimonio de un testigo presencial que tiene la misma confiabilidad. Cuando se apuesta a si el acusado tumbó la puerta o no, el jugador racional considera tan buena una probabilidad de 60% como el testimonio de un testigo presencial que es 60% confiable. En la medida en que la prueba estadística dura genere menos errores que el testimonio de un testigo presencial, la exclusión de este último del tribunal y la inclusión del primero parece desconcertante y contradictoria, pero eso es lo que los tribunales suelen hacer en los Estados Unidos.

Las instrucciones del tribunal para la combinación de pruebas a menudo oscurecen o contradicen las reglas de la teoría de la probabilidad, como lo demuestra un juicio reciente en Oakland, California. Un hombre fue al hospital para una operación de hernia. Antes de la operación, el anestesiólogo le hizo un examen médico al paciente. Después de completar el examen, el anestesiólogo puso al paciente a "dormir". En un caso ordinario, el anestesiólogo mantendría "dormido" al paciente hasta que el cirujano reparara la hernia, el paciente se despertaría y podría dejar el hospital y volver a casa esa misma tarde. Sin embargo, en este caso, el paciente dejó de respirar, sufrió un paro cardiaco y murió. Una autopsia reveló que los músculos del corazón de la víctima eran sumamente gruesos y estaban llenos de cicatrices, que es una condición comúnmente llamada "corazón agrandado". Esta condición hace que una persona sea susceptible a un ataque al corazón. Hasta antes de la autopsia

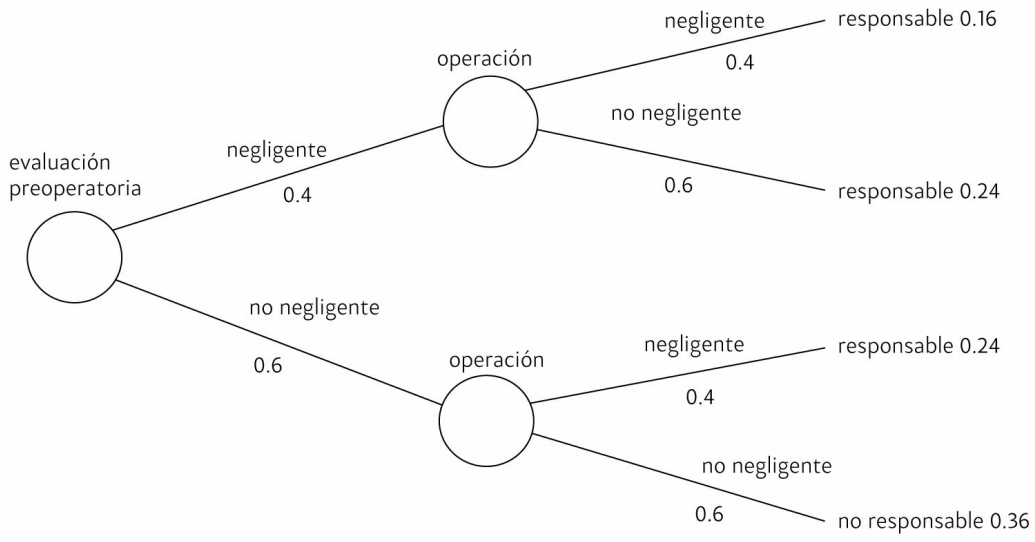
después de su muerte, nadie sabía que el paciente tenía un corazón agrandado. El estrés de la operación, que no es problemático para un corazón normal, le causó un paro cardiaco a este paciente.

Cuando el paciente murió, su familia demandó al anestesiólogo. El demandante presentó dos acusaciones de negligencia por parte del anestesiólogo. Primero, el demandante argumentó que el anestesiólogo no había hecho las pruebas adecuadas antes de la operación para determinar si el paciente tenía una condición como un corazón grueso. Segundo, el demandante argumentó que cuando el paciente comenzó a tener problemas para respirar durante la operación, la respuesta del anestesiólogo fue muy lenta e incorrecta.

Consideremos las normas probatorias que utilizó el tribunal para ponderar los hechos. El demandante tenía que demostrar por una preponderancia de la prueba que la negligencia del demandado causó la muerte de la víctima. Nos centraremos en las reglas legales de la combinación de evidencias para construir dicha prueba.

La figura XI.4 representa el problema del tribunal como un árbol de decisión. La primera rama indica que el anestesiólogo pudo haber sido negligente o no negligente en la evaluación preoperatoria. La "preponderancia de la prueba" se interpretará como una probabilidad de 0.5 o mayor. De acuerdo con la figura XI.4, la prueba indica que la probabilidad de que la negligencia en la evaluación preoperatoria causara la muerte del paciente es de 0.4. En consecuencia, el demandante no ha demostrado la negligencia en la evaluación preoperatoria por una preponderancia de la prueba.

FIGURA XI.4. *Decisiones del anestesiólogo*



En la segunda rama del árbol, es probable que el anestesiólogo haya sido negligente o no negligente en la operación. De acuerdo con la figura XI.4, la evidencia indica que la probabilidad de que la negligencia en el procedimiento de

operación causara la muerte del paciente es de 0.4. En consecuencia, el demandante no ha demostrado la negligencia en el procedimiento de operación por la preponderancia de la prueba.

Hemos demostrado que la aplicación independiente y secuencial de la norma de la preponderancia de la prueba lleva a la conclusión de que el anestesiólogo no fue negligente. ¿Qué pasa con la combinación de probabilidades para llegar a un fallo global? Si las probabilidades de cada rama del árbol son independientes,[21] las leyes de la teoría de la probabilidad prescriben una regla simple para combinarlas: la regla de la multiplicación. Al aplicar esta regla a la figura XI.4, la probabilidad de que el anestesiólogo no fuera negligente en la evaluación preoperatoria ni en el procedimiento de la operación es de 0.36(= 0.6 × 0.6), como se indica en el árbol de decisión. La probabilidad de que el anestesiólogo fuera negligente en la evaluación preoperatoria o en el procedimiento de la operación es 1 - 0.36, que es igual a 0.64. Por lo tanto, la preponderancia de la prueba indica que la negligencia del demandado causó la muerte del paciente de una u otra forma.

Rentar un juez

En la Unión Soviética la gente hacía largas colas para comprar pan en las panaderías estatales. En muchos países, los ciudadanos esperan en largas colas para litigar sus disputas en los tribunales estatales. En Los Ángeles, como en la mayoría de las grandes ciudades, pueden transcurrir varios años antes de que las disputas se decidan en un juicio público. En Los Ángeles, al contrario de lo que ocurre en la mayoría de las ciudades, existe una alternativa privada que es un sustituto cercano de un juicio público. Las partes pueden convenir en "rentar" a un juez jubilado para que decida su caso. Por lo general, el juicio privado resultante se celebra en un lugar mutuamente conveniente, como un cuarto de hotel. El juez jubilado, en general, conduce el juicio de una manera informal, sin la preocupación por el procedimiento que se observa en los juicios públicos. El caso se decide aplicando la ley estatal relevante. Además, la decisión final del juez se registra en el tribunal estatal y tiene el efecto pleno de una decisión tomada en un tribunal público.

Los críticos afirman que "rentar un juez" es injusto con los pobres porque sólo los ricos pueden utilizarlo. Los defensores afirman que todos se benefician: quienes rentan jueces se benefician de un juicio rápido, y otros se benefician indirectamente porque se alivia el congestionamiento de los tribunales públicos. Adviértase que rentar un juez cambia la motivación judicial. Supongamos que usted es un juez jubilado que decidió participar en un programa de renta de jueces. En su papel anterior como juez público, se suponía que era "independiente". Es decir, el ingreso que obtenía como juez

público no tenía ninguna relación con la forma en que decidiera los casos. Ahora, eso ha cambiado. Su ingreso está directamente determinado por la frecuencia con la que sea "rentado". Para ser rentado, deberá ser escogido por ambas partes de una disputa potencial.

PREGUNTA XI.14

¿En qué sentido cree usted que un "juez rentado" que trata de maximizar su ingreso decidiría los casos de manera distinta que un juez público independiente?

El árbol de decisión aclara el hecho de que, en ocasiones, la aplicación independiente y secuencial de la norma de preponderancia de la prueba obtiene un resultado diferente de un fallo global. Este último enfoque es más correcto desde el punto de vista de la teoría de la probabilidad. El tribunal de Oakland, California, dio instrucciones ambiguas al jurado que no distinguían entre estas dos formas de razonamiento. Este caso ilustra que los tribunales han formulado reglas de razonamiento con un esfuerzo insuficiente para mantener la coherencia con la teoría de la probabilidad.[22]

Queda mucho por hacer para reconciliar las normas del procedimiento legal con el razonamiento estadístico sólido. Parte de esa investigación está en curso, como la explicación de la interacción entre la carga de la prueba, la norma probatoria y la gravedad del castigo legal.[23] Es probable que las reglas del procedimiento se reescriban en el futuro para alcanzar un mayor grado de racionalidad económica y estadística.

PREGUNTA XI.15

El 40% de los autobuses de una ciudad es operado por la Compañía Transportista Roja, y 60% es operado por la Compañía Transportista Azul. Un autobús atropella sin saberlo a un ciclista por la noche, y la víctima demanda a la Compañía Transportista Azul. Un testigo presencial declara que vio un autobús que golpeaba al ciclista, pero la oscuridad le impidió saber si el autobús era rojo o azul. Si el tribunal no permite la recuperación sobre la base de las probabilidades, ¿cuál será el efecto sobre los incentivos para que las compañías transportistas tengan precaución? Si se permite la recuperación sobre la base de las probabilidades, ¿cuál será el efecto sobre los incentivos de la Compañía Transportista Roja para fusionarse con la Compañía Transportista Azul?

PREGUNTA XI.16

Supongamos que usted es uno de los que contemplan "tumbar la puerta" en el concierto de rock que se describió antes. ¿Es más probable que se abstenga de participar en este acto si el tribunal acepta o rechaza el razonamiento probabilístico? Si el tribunal acepta el razonamiento probabilístico y usted no es disuadido, ¿tumbaría la puerta usted solo o llamaría a otros para que se le unieran?

PREGUNTA XI.17

La probabilidad de lanzar un volado dos veces y sacar águila en las dos ocasiones es $0.5^2 = 0.25$. Supongamos que la responsabilidad en un caso de ilícito culposo requiere que el demandante pruebe que el demandado causó el daño y que el comportamiento del demandado fue negligente. El demandante presenta pruebas demostrativas de cada proposición con una probabilidad de 0.7. Así pues, la probabilidad de que ambas proposiciones sean ciertas es igual a $0.7^2 = 0.49$. Aparentemente, la preponderancia de la prueba apoya cada proposición por separado pero no conjuntamente. ¿Cómo debería decidir el tribunal este caso?

2. Evaluación empírica del proceso legal

¿El sistema legal minimiza el monto de los costos administrativos y de los costos de error? Desarrollamos algunas teorías pertinentes para esta cuestión analizando las etapas del proceso de litigación. Ahora pasaremos a la investigación empírica pertinente, comenzando con algunos hechos básicos sobre los Estados Unidos.

En 2009, en la judicatura federal se presentaron casi 260 000 demandas civiles, cerca de 240 000 casos civiles finalizados y poco más de 300 000 casos civiles pendientes. Estas cifras representan un aumento de 5% en las presentaciones, respecto a las de 2008, un aumento de 0.2% en las finalizaciones respecto a las de 2008, y un aumento de 7.1% en los casos civiles pendientes respecto a los de 2008.[24] Con respecto a los casos penales federales presentados, finalizados y pendientes en 2009 las cifras son 75 000 presentados, 74 000 finalizados y cerca de 74 000 pendientes. Ésos son los aumentos de 7.9, 9.3 y 0.8% respecto a las cifras comparables para 2008.

Las cifras de las denuncias civiles y penales, las finalizaciones y los casos pendientes en los tribunales estatales para el año 2009 a nivel nacional no están disponibles fácilmente. Más bien, existen 50 informes judiciales estatales separados, generalmente de años anteriores. Sabemos, con base en las comparaciones anteriores, que los tribunales estatales tratan muchas más disputas legales civiles y penales en un año que las que tratan los tribunales federales. Por ejemplo, adviértase que, en 2008, tan sólo en los tribunales del Estado de Illinois se presentaron más de 750 000 disputas civiles (casi tres veces el número total de reclamaciones civiles en los tribunales federales en 2009).[25]

¿Cómo se desecharon estos casos? Tenemos buenas cifras sobre la desestimación de las reclamaciones legales de los casos en los tribunales federales y buenas razones para creer que las cifras de las desestimaciones de las reclamaciones presentadas en los tribunales estatales siguen un patrón similar. La última vez que tuvimos cifras comparables para ambos grupos de tribunales fue en 2000, y tenemos una buena razón para creer que hoy en día las proporciones son las mismas que fueron en ese entonces. Se sabe que, en el año 2000, los tribunales federales desestimaron casi 260 000 casos civiles. De ese

total, poco menos de 2% se desestimó mediante un juicio. (Tan sólo alrededor de 3 100 o 1.2% de esos casos se juzgaron por un veredicto del jurado, y alrededor de 1 500 o 0.6% derivaron en un veredicto sin jurado.) Por lo tanto, los tribunales federales desestimaron 98.2% de las reclamaciones civiles de alguna otra manera. Más de la mitad (53.3%) fueron desechados por falta de jurisdicción, desestimaciones voluntarias, arreglos u otras causas de desestimación. Alrededor de 20% (18.5%) se transfirieron a otro tribunal para procesos adicionales, se remitieron a los tribunales estatales, derivaron en fallos sobre una concesión de parte de los árbitros, nuevos procesos posteriores a los fallos arbitrales u otros fallos. Otro 13% se resolvió a través de mociones previas al juicio, y poco más de 8% se desecharon por fallos por incomparecencia.[26]

¿Qué sucede en la tendencia con el tiempo? El total de desestimaciones de todas las disputas penales y civiles en los tribunales estatales y federales de los Estados Unidos aumentaron en un factor de tres entre 1981 y 1992, pero han disminuido significativamente desde entonces. El patrón a largo plazo de las disputas civiles resueltas mediante juicio durante el siglo XX ha presentado un aumento lento y constante a lo largo de la primera mitad del siglo, seguido de un distanciamiento lento (y luego acelerado) de la litigación, una tendencia que continúa durante principios del siglo XXI. Desde hace poco, las disputas de contratos han sido mucho más numerosas que cualquier otro tipo de disputas civiles en los tribunales. Sin embargo, comenzando en algún momento a mediados de la década de 1990, las disputas de ilícitos culposos superaron a las disputas de contratos como la forma principal de la litigación civil. El número de disputas sobre la propiedad está muy por detrás, tanto de las disputas de ilícitos culposos como de las disputas de contratos.

A. *Abogados*

La provisión de asesoría legal, la presentación de reclamaciones legales y su desestimación requiere de abogados. Distintos países tienen cantidades de abogados por habitante sustancialmente diferentes. En 2005 la Asociación de Abogados de Estados Unidos estimó que había 1.1 millones de abogados en los Estados Unidos, o un abogado por cada 275 personas. (En 2009 la cifra era de 1.2 millones, o un abogado por cada 260 personas.) Para comparar, en 2005 Alemania contaba con un abogado por cada 622 personas, el Reino Unido contaba con un abogado por cada 496 personas y Japón contaba con un abogado por cada 5 800 personas.[27]

¿Es bueno tener más abogados por habitante? La mayoría de los abogados son "ingenieros de los costos de transacción" —para usar la frase de Ron Gilson[28] — que retiran, en su mayoría, los impedimentos para la cooperación entre las partes privadas (como argumentamos en el Teorema Normativo de Coase en el capítulo IV). Sin ellos, la gente tendría más dificultades para establecer organizaciones

empresariales, contratar empleados, crear fideicomisos o disolver matrimonios, por nombrar algunas de las actividades que requieren de apoyo legal para la cooperación.[29] El ideal es que la educación legal y el colegio de abogados deben proveer abogados competentes sin restringir artificialmente sus números o controlar los precios. En estas condiciones de competencia justa, las personas que contratan abogados son las mejores para juzgar sus propias necesidades de servicios jurídicos. Desafortunadamente, la historia del colegio de abogados en todas partes es una historia de oferta restringida y prácticas monopólicas. Afortunadamente, la historia reciente de los Estados Unidos es una nueva historia de superación de algunas de estas restricciones y del desmantelamiento de algunas prácticas monopólicas, sobre todo al permitir que los abogados anuncien sus servicios de varias maneras.

B. *Juicios*

En esta sección consideramos tres temas relacionados con los juicios: sus costos, qué disputas van a juicio y quién gana, y cuál es la explicación del hecho de que los juicios sean cada vez más raros.

1. *Los costos de los juicios*

Nadie está seguro de los costos totales o promedio de todas las disputas civiles en los Estados Unidos, pero sí sabemos algo acerca de los costos de las distintas partes del proceso judicial.[30] Por ejemplo, sabemos algo acerca de "los honorarios de presentación", el costo de solicitar a un tribunal que resuelva la disputa. Esos honorarios difieren de acuerdo a la jurisdicción y a la cantidad en controversia. En el condado de Cook, Illinois —es decir, Chicago—, el costo de iniciar una demanda civil se mide de acuerdo a los intereses involucrados en la demanda: $244 si la controversia involucra menos de $15 000, y $114 si es menor de $250. En el condado de Champaign, Illinois, los honorarios no se miden por la magnitud de la controversia; son parejos: $215. Pero hay cargos adicionales por cuestiones como honorarios de comparecencia; confesión del juicio y honorarios de la biblioteca de derecho; reconvención, demanda de terceros y honorarios de contribución; honorarios del jurado (dependiendo de si el jurado está integrado por seis o 12 personas); honorarios por el embargo del salario; honorarios por la expedición de una citación, etc.[31] Estos costos de una demanda civil de rutina pueden ascender a los miles de dólares rápidamente.

También disponemos de cifras de los costos de la revelación antes del juicio. El Proyecto de Investigación de la Litigación Civil examinó cerca de 1 600 casos de los tribunales federales y estatales y encontró que no hubo revelaciones en más de la mitad de esos casos. En donde hubo revelación, no había más de cinco "eventos de revelación". Un estudio RAND concluyó que "La revelación no es un

problema de los costos de la litigación generalizada en la mayoría de los casos. Los datos empíricos muestran que los problemas que puedan existir con la revelación se concentran en una minoría de los casos".[32] Ese mismo estudio RAND encontró que la revelación consume generalmente "alrededor de un cuarto a un tercio del total de las horas de trabajo de un abogado por cada litigante. La revelación representaba menos de la mitad de las horas de trabajo de un abogado en todos los subconjuntos de los casos civiles generales que examinamos". La cantidad de revelación tiende a aumentar con los intereses en el juicio, pero incluso cuando los intereses eran de más de $500 000, la revelación rara vez representaba más de 30% de las horas de trabajo de los abogados en el caso. Las horas del abogado son el componente más importante de los costos de litigación.

Charles Silver concluyó que alrededor de 3% de las reclamaciones legales se resuelven mediante juicio y 97% se resuelven mediante arreglos extrajudiciales (o se resuelven de alguna otra forma). En comparación con la litigación, el arreglo es mucho más barato. Samuel Gross y Kent Syverud encontraron que un juicio tradicional duró nueve días y una negociación tradicional para resolver una cuestión similar duró nueve horas.[33]

Podemos utilizar estos números para hacer estimaciones del costo de cada uno a grandes rasgos. Por lo general, un juicio estadunidense involucra a un fiscal, o al demandante y su abogado, al demandado y su abogado, un juez, un jurado integrado por 12 personas, un taquígrafo del tribunal y un guardia del tribunal. Por lo general hay testigos —uno que testifica y otros que esperan para testificar. Eso suma alrededor de 20 personas, cuyo trabajo o costos de oportunidad varían ampliamente. Los abogados pueden cobrar su tiempo en el juicio en $250 por hora, por lo que una hora de juicio cuesta $500 por los honorarios de los abogados. (Esto no incluye el tiempo fuera del tribunal de la preparación del juicio.) Si el juicio se lleva cuatro horas por día, el costo del juicio de los abogados es de $2 000 por día. El juez se paga una vez al año haya juicios o no. No obstante, atribuyamos al tiempo del juez una cifra comparable a la de los abogados ($250 por hora) y supongamos que el costo del tiempo del juez es de $1000 por día de juicio. Generalmente, los miembros del jurado son compensados a razón de algo así como $10 por día, lo que está muy por debajo del costo de oportunidad de su tiempo. Por lo general hay 12 de ellos (aunque no todos los juicios civiles son juicios con jurado) por un costo total de $120 por día. Si calculamos el valor promedio del trabajo de los participantes adicionales en, digamos, $40 por hora, el valor del trabajo de los cinco participantes adicionales asciende a $200 por hora u $800 por día de juicio. Eso nos da un costo social total por día de juicio igual a poco menos de $4 000.

Ahora convertimos estos costos diarios en costos por juicio. Si utilizamos la estimación de que un juicio civil dura nueve días en promedio (según encontraron Gross y Syverud), el costo social total del juicio civil promedio sería de $36 000.

Estas cifras subestiman el costo social de los juicios, ya que excluyen el tiempo empleado en la preparación del mismo, el costo del personal administrativo y de apoyo del juez y de los abogados, el costo de oportunidad del tiempo dedicado por el jurado y los testigos y el valor implícito del alquiler de la sala del tribunal.

En el otro lado de la balanza, no hemos tratado de estimar los beneficios sociales del juicio, que incluyen el beneficio para las partes privadas derivado de la resolución de su disputa, el establecimiento de un punto de referencia para la negociación en los casos que se arreglan sin un juicio, la disuasión del delito y el daño por parte de los demandados potenciales y el mejoramiento de las leyes a través de la evolución de nuevos precedentes. En cualquier caso, los juicios plenarios no son socialmente valiosos a menos que los intereses sean considerables. Este hecho provee un incentivo para evitar los juicios mediante una resolución alternativa de las disputas o para simplificar los juicios como en el caso de los tribunales de reclamaciones menores.

2. *El efecto de la selección y la regla del 50%*

Al principio de este capítulo desarrollamos una teoría de cómo decidiría una parte racional entre la litigación y el arreglo. Llegamos a la conclusión de que la causa principal de los juicios es el optimismo relativo —cada parte espera desempeñarse mejor en el juicio de lo que la otra parte cree que lo hará. Dicho de otra manera, la causa principal de los juicios es la información privada de las partes que los hace discrepar acerca del posible resultado del juicio. Como resultado, las disputas que derivan en juicios en lugar de arreglos deben tener características que producen un optimismo relativo. Las disputas que van a juicio son un conjunto sesgado de todas las disputas con respecto a las características que hacen que las expectativas se desvíen. Debido a este "efecto de la selección", la distribución de las características de las disputas resueltas mediante un juicio difiere de la distribución de las características de todas las disputas.

En 1984, George Priest y Benjamin Klein publicaron un artículo que influyó sobre estas cuestiones.[34] Dedujeron que cada parte tiene la misma probabilidad de cometer un error que resulte en un falso optimismo que dé lugar a un juicio. Debido a que cada parte tiene la misma probabilidad de estar equivocada, infirieron que cada parte tiene la misma probabilidad de ganar en el juicio. Por otra parte, cuando ambas partes están de acuerdo en que la probabilidad de que el demandante gane es relativamente alta o que la probabilidad de que el demandado gane es relativamente alta, las partes tienden a llegar a arreglos. En promedio, la probabilidad de que los demandantes ganen en el juicio es, en consecuencia, la misma que la probabilidad de ganar del demandado, aproximadamente de 50 por ciento.

Si cada parte tiene la misma probabilidad de estar equivocada, ¿se deduce que cada parte tiene la misma probabilidad de "ganar", como se entiende esta palabra

en las disputas legales? Tenemos que analizar cuidadosamente si la teoría justifica o no esta conclusión sorprendentemente simple. En el juicio, la "victoria" para el demandante significa, generalmente, que el tribunal le otorga el pago de daños. No hay razón por la cual el demandante deba ganar la mitad del tiempo por esta definición. Para ver por qué, consideremos que en muchas disputas el demandado reconoce la responsabilidad e impugna el pago de daños. Por lo tanto, el demandado puede admitir que su negligencia causó una abolladura al automóvil del demandante, pero niega que su negligencia le causara un faro roto. En estas circunstancias, la definición de "ganar" en el juicio de un demandante no puede significar que éste gane algo, lo que ocurre con una certeza de 100%. Más bien, la definición de "ganar" del demandante debe significar algo así como "el tribunal otorga al demandante un pago de daños mayor al que el demandado esperaba pagar".[35]

Otra definición posible de "ganar" se produce en el caso simétricamente opuesto, donde el demandado reconoce los daños e impugna la responsabilidad. Por ejemplo, supongamos que el demandado reconoce la reclamación del demandante de que los daños ascienden a $1 000, pero impugna enérgicamente que él es el responsable de esos daños.

Steven Shavell ha argumentado que la predicción de Priest-Klein hace suposiciones muy especiales —específicamente, que "las partes obtienen información muy precisa acerca de los resultados del juicio" y que la "información que cada uno recibe es estadísticamente idéntica". Shavell señala que estas suposiciones descartan este tipo de situaciones posibles mientras que una o ambas partes no tengan información precisa acerca de los resultados del juicio o que una de las partes tenga "información sustancialmente superior a la que tiene la otra parte". Como resultado, Shavell demostró que "es posible que los casos que van a juicio den como resultado la victoria del demandante con cualquier probabilidad. Además, dada cualquier probabilidad de que el demandante gane en el juicio, la probabilidad de que éste gane en los casos arreglados (si se hubieran llevado a juicio) puede ser cualquier otra".[36] Por lo tanto, el caso de la probabilidad de 50% de que los demandantes ganen en el juicio es teóricamente débil.

La pregunta sigue siendo si la regla del 50% es realmente cierta o no. Perloff y Rubinfeld estudiaron casos de antimonopolio a finales de la década de 1970 y principios y mediados de la década de 1980 y encontraron que los demandados ganaron alrededor de 70% de los casos.[37] Donald Wittman examinó una muestra de los casos de choques automovilísticos traseros en California y llegó a la conclusión de que el conjunto de datos no confirmaba la regla del 50%.[38] Theodore Eisenberg encontró que la tasa de triunfo del demandante era de 50%, aproximadamente, en los casos de responsabilidad por productos, pero era menor de 40% para los casos de mala práctica médica en el tribunal federal.[39]

Jeremy Waldfogel probó la regla del 50% para una selección de casos de contratos, propiedad intelectual y de responsabilidad de ilícitos culposos ocurridos en la década de 1980 en el distrito sur de Nueva York. Encontró que cuando van a juicio relativamente pocos casos dentro de una categoría, la tasa de triunfo del demandante tiende a ser cercana a 50%. Sin embargo, cuando la tasa del juicio aumenta, la tasa de éxito del demandante es distinta a 50% —en algunos casos es mayor y en otros menor.[40]

Por último, al enfocarse en los casos de apelación en lugar de enfocarse en aquellos de los tribunales de primera instancia, Kessler, Meites y Miller pretendían encontrar las causas de las desviaciones de la regla del 50%, a través del análisis de regresión de más de 3 000 casos. Considerando las diferencias en intereses, información, costos del arreglo y costos de la litigación y otras cuatro características específicas de las controversias, encontraron que estas características afectan la tasa de triunfo de maneras estadísticamente significativas. Además, estos efectos son consistentes con las predicciones de los modelos que presentamos en este capítulo y en el anterior.[41]

Por lo tanto, la evidencia empírica sobre la regla del 50% es mixta: algunos estudios encuentran que la evidencia la confirma; otros sugieren que no; algunos encuentran que la regla sólo es cierta para ciertos tipos de disputas, pero no así en otros tipos de disputas; y algunos encuentran que la evidencia sustenta la hipótesis, pero sólo en las circunstancias restrictivas en las que Priest y Klein sugirieron que se mantendría.

3. *¿Desaparecieron los juicios?*

Estados Unidos tiene reputación como una sociedad altamente litigiosa, pero esa opinión no es coherente con los hechos de que menos de 5% de las disputas legales se resuelven a través de un juicio y que los juicios civiles han disminuido en los Estados Unidos durante los últimos 40 años. Ése es el meollo de un importante artículo del profesor Marc Galanter.[42] Galanter muestra que a pesar de que el número total de desestimaciones de las disputas se ha quintuplicado entre 1962 y 2002, el número de juicios civiles en los tribunales de los Estados Unidos en 2002 fue de más de 20% menor que en 1962. No más bajo por habitante —en relación con la cantidad de personas en los Estados Unidos—, sino menor en cifras totales. En 2002 la desestimación de las disputas por juicio "era menor a una sexta parte de lo que fue en 1962 —1.8%, en comparación con 11.5% en 1962". La disminución de los juicios es reciente y abrupta, no lenta y constante en el transcurso del periodo de 40 años. De hecho, el número de juicios civiles en los tribunales federales aumentó de 1962 a 1985 y luego se redujo en más de 40% de 1985 a 2002.[43] Al mismo tiempo que los juicios civiles han ido disminuyendo, el porcentaje de juicios ante jurado, en lugar de juicios sin jurado, ha aumentado. En 2002 dos tercios del total de los juicios civiles

fueron juicios ante jurado.[44] Desde 1962 el número de juicios sin jurado ha disminuido en casi 50%, y el número de juicios ante jurado ha aumentado en casi 9 por ciento.

El cambio en los tipos de litigación también ha sido significativo. Por ejemplo, en 1962 los casos de ilícitos culposos constituyeron hasta 55% del total de los juicios civiles y 81% del total de los juicios civiles con jurado. Para el año 2002, los ilícitos culposos se redujeron a sólo 23.4% del total de los juicios civiles y a 26% de todos los juicios civiles con jurado. En cambio, en 1962 las disputas de contratos constituyeron casi 20% del total de los juicios civiles. Casi 75% de esos juicios fueron juzgados ante un juez y sin jurado. En 2002, los contratos representaron 15%, aproximadamente, del total de los juicios civiles, de éstos 53% se juzgó con jurado. En la década de 1980 se presentaron más casos de contratos en los tribunales federales que de ilícitos culposos. En conjunto, los juicios de contratos más los de ilícitos culposos cayeron de 74% del total de juicios civiles, en 1962, a 38% en 2002. ¿Qué juicios ocuparon su lugar?

En 1962 los juicios de derechos civiles representaron menos de 1% del total de los juicios civiles. En 2002 representaron 33% del total de los juicios y 41% del total de los juicios con jurado. Entre otras controversias, las dos categorías que destacan son los casos laborales y los casos de propiedad intelectual. Las mismas tendencias generales aplican para ellos —específicamente, un aumento y luego una caída reciente en el número de juicios; un porcentaje cada vez menor de disposiciones por juicio; y un cambio de un porcentaje reducido a un porcentaje sustancial de juicios con jurado.

¿Aplican las mismas tendencias para los juicios penales? La respuesta corta es: "Sí". La cantidad de casos penales en los tribunales federales ha aumentado de 33 110, en 1962, a 76 827 en 2002, y luego a cerca de 75 000, en 2009, casi la mitad de la tasa de aumento en la parte civil. En la actualidad hay un porcentaje menor de disposiciones penales por juicio —menos de 5% en 2002 en comparación con 15% en 1962. La cifra total de los juicios penales ha disminuido en 30% entre 1962 y 2002.

Una posible explicación para la disminución de los juicios penales es la implementación de sentencias determinadas en los tribunales federales. Las directrices de la sentencia proveen un incentivo para evitar el juicio en la forma de una reducción del nivel de delito por "aceptación de la responsabilidad". Desde que se implementaron las directrices en noviembre de 1987, el número de juicios penales ha disminuido. De 1962 a 1991 el porcentaje de juicios en los casos penales era relativamente constante, entre 13 y 15%. Sin embargo, desde 1991 el porcentaje de juicios en los casos penales ha disminuido constantemente (con la excepción de un aumento de 0.06% en 2001) de 12.6% en 1991 a menos de 4.7% en 2002. Como veremos en el capítulo XIII, esta disminución es coherente con la disminución significativa en el número de delitos en los Estados Unidos, que inició a principios de la década de 1990.

Frecuentemente, los abogados eligen dónde presentar una reclamación —una elección llamada *"forum shopping"*—. Por lo tanto, el demandante puede buscar la jurisdicción más favorable para presentar una reclamación, y el demandado puede responder mediante la solicitud de remoción del caso por parte del tribunal estatal para que se resuelva en un tribunal federal. (El demandado puede solicitar este cambio cuando el demandante y el demandado residan en diferentes estados.) El *forum shopping* ha aumentado significativamente en los últimos 30 años. En 1970, el 15% de los casos de los tribunales estatales se trasladaron a los tribunales federales, porque supuestamente los demandados solicitaron su traslado luego de que los demandantes presentaron sus reclamaciones. En 2000, más de 30% de los casos de los tribunales estatales se trasladaron a los tribunales federales.

Como una cuestión teórica, la eficiencia del *forum shopping* no es clara. Si los litigantes pueden elegir entre las jurisdicciones para decidir dónde tener un juicio, esto puede crear un incentivo para que las jurisdicciones compitan entre sí para proveer mejores servicios de litigación. Por ejemplo, pueden ofrecer un derecho sustantivo más claro, fallos más rápidos y servicios especializados. Según esta teoría, Delaware se ha constituido a sí mismo como un lugar particularmente atractivo para tratar cuestiones de derecho corporativo. Pero esta competencia jurisdiccional también puede tener un lado oscuro. Los estados podrían competir no ofreciendo una justicia mejor, sino prometiendo una justicia más barata o una justicia a la medida de los clientes corporativos o no corporativos. Por ejemplo, algunas jurisdicciones se volvieron famosas en la última década, aproximadamente, como lugares amigables con los demandantes. En resumen, aún no está claro si el *forum shopping* es algo bueno (una "carrera a la cima") o malo (una "carrera al fondo").*

¿Por qué ha aumentado el *forum shopping?* Kevin Clermont y Ted Eisenberg estudiaron más de 3 000 casos en los que la diversidad de la ciudadanía habría permitido al demandante presentar la reclamación en el estado del demandante, el estado del demandado o en un tribunal federal.[†] Ellos dedujeron que el demandante buscaría una jurisdicción amigable con el demandante para presentar una demanda, y que el demandado trataría de llevar el caso a una jurisdicción más amigable con el demandado. En consecuencia, Clermont y Eisenberg predijeron que el demandante tendría más probabilidades de ganar en los casos que permanecieran en la jurisdicción que éste escogió originalmente, que en los casos en los que el demandado lograra trasladar la disputa a un tribunal federal. Eso es precisamente lo que encontraron. Los demandantes tuvieron éxito en poco más de 70% del total de casos, pero sólo en 34% de los que se trasladaron al

tribunal federal. Una inferencia importante de este estudio es que la capacidad inicial para elegir dónde presentar una reclamación favorece al demandante, y la capacidad de trasladar el caso a un tribunal federal favorece al demandado.

¿Cuál es la razón de este descenso dramático en el número de juicios? Galanter somete a debate una gran variedad de explicaciones posibles. Por ejemplo, rechaza la posibilidad de que haya habido algún cambio significativo en el derecho procesal, que las demandas colectivas han sustituido los derechos individuales de acción y que hay una escasez de jueces para el conocimiento de los casos.[45]

Hay tres explicaciones relacionadas sobre este fenómeno que merecen un análisis mayor. Primero, el costo relativo de los juicios pudo haber aumentado de manera significativa (quizás porque las controversias se han vuelto más complejas, requiriendo más abogacía, abogados más especializados, más peritos, más asesores del jurado, etcétera).

Segundo, este aumento en los costos relativos podría inducir a los litigantes a sustituir los juicios por fuera y hacia métodos alternativos de resolución de disputas. En una de nuestras notas web anteriores, demostramos que uno de los atractivos del arbitraje y la mediación es que es mucho más barato y toma menos tiempo que la litigación. Aun así, existen algunas pruebas informales para sugerir que el aumento en resoluciones alternativas de disputas (RAD) no ha sido suficiente para sustituir el gran número de "juicios desaparecidos". Sabemos que la RAD aumentó significativamente en la década de 1990, pero probablemente no lo suficiente como para representar los 300 000 casos de contratos que han "desaparecido" de los tribunales federales desde la década de 1980. Hasta 1992 el arbitraje representó sólo 1.7% de las disposiciones de contratos y 3.5% de las disposiciones de ilícitos culposos en los tribunales estatales en los 75 condados más grandes del país.

Tercero, podría ser el caso de que hay menos juicios porque hay menos disputas, y hay menos disputas porque en la actualidad hay mejor abogacía de la que hubo en el pasado. Si al fungir como ingenieros de los costos de transacción los abogados se han vuelto cada vez más sofisticados en la anticipación de problemas, en la provisión de soluciones pacíficas *ex ante*, en la exhortación a sus clientes para que tomen más precauciones a fin de reducir la posibilidad de sufrir daños, o en la negociación de soluciones con mayor éxito, los abogados merecen algo de crédito por la desaparición del juicio. Existen algunas pruebas informales en contra de esta propuesta. Recordemos que las disposiciones se quintuplicaron entre 1962 y 2002. La población de los Estados Unidos aumentó de 187 millones, en 1962, a 310 millones en 2010, aproximadamente. Por lo tanto, las disputas por habitante aumentaron significativamente durante el

periodo. Pero eso podría deberse a la complejidad creciente de la vida personal y económica. Tiene que haber mucho más trabajo empírico en esta posible explicación antes de que desechemos la posibilidad de que una mejor abogacía es la responsable de la desaparición del juicio.

C. *Apelaciones*

En ocasiones, el fallo en un juicio no es el final de la historia. Una de las partes, incluso el ganador, puede sentir que el tribunal de primera instancia se equivocó y que el resultado fue injusto o insuficiente. Como una cuestión de derecho en el sistema de derecho común, cualquiera de las partes puede apelar el fallo del tribunal de primera instancia ante un tribunal superior.[46]

Una apelación es costosa. Los honorarios de presentación para registrar una apelación en los tribunales federales son de $450 por cada parte. Hay cargos adicionales por la certificación de los resultados y el registro del tribunal inferior, por la reproducción de los registros del tribunal de primera instancia, la certificación de documentos, etc. —todos los cuales pueden sumar cientos de dólares a los costos de la apelación. Debido a que la litigación de apelaciones es una especialidad entre los abogados, es casi seguro que los costos por hora de la contratación de un abogado para interponer una apelación son más elevados —y es posible que sean mucho más elevados— que los honorarios de los abogados del juicio original. Por ejemplo, en un arreglo de honorarios contingentes lo usual es que el abogado del demandante reciba 33% de un otorgamiento en el tribunal de primera instancia y 40% si el asunto va a una apelación y tiene éxito. El porcentaje más alto otorgado al abogado exitoso en la apelación sugiere que la abogacía involucrada en la apelación es más intensa.[47]

La teoría económica de la interposición de una apelación es análoga a la decisión de proceder al juicio, pero con la diferencia de costos que indicamos anteriormente. Sin embargo, para que un tribunal de apelación conceda una "autorización para apelar", tiene que haber un error de derecho en el procedimiento del tribunal de primera instancia. Dado que los abogados y los jueces del tribunal de primera instancia lo saben y debido a que los jueces del tribunal de primera instancia generalmente son competentes, existen relativamente pocos errores de derecho que garantizarían los costos de la apelación. Podemos predecir que estos errores son tan raros (y los costos adicionales de la apelación tan altos) que la gran mayoría de los fallos de los juicios no será apelada. Así lo demuestran las estadísticas.

Podemos empezar a vislumbrar la labor de los tribunales de apelación analizando algunas tendencias recientes en la cantidad de casos de apelación del estado de Illinois y la judicatura federal. La siguiente tabla muestra las estadísticas importantes sobre los casos presentados en los tribunales de circuito (los tribunales de primera instancia) y en los tribunales de apelación de Illinois

entre 2001 y 2005.

Año	*Presentaciones* totales en tribunales *de circuito*	*Presentaciones* civiles totales en *tribunales de circuito*	*Presentaciones de apelaciones*	*% de* casos *apelados*
2004	4 240 300	685 557	8 060	0.0020
2005	4 213 700	672 731	8 153	0.0020
2006	4 220 121	706 836	7 838	0.0019
2007	4 455 546	773 204	7 631	0.0017
2008	4 305 551	753 569	7 630	0.0018

Nota: el número total de casos incluye el tráfico, delito grave, la disolución del matrimonio, la cancillería y otras categorías.

Llama la atención que se apele un porcentaje tan pequeño —la quinta parte de 1%— de todos los casos. Aproximadamente la mitad de todas las apelaciones son sobre cuestiones penales, y alrededor de la mitad sobre cuestiones civiles.

Las cifras comparables relativas a las apelaciones en la judicatura federal provienen de la Oficina Administrativa de los Tribunales de Estados Unidos para el año fiscal que terminó el 30 de septiembre de 2009. Las cifras indican que, el año anterior, los 13 tribunales federales de circuito de apelaciones atendieron 57 740 presentaciones. Durante ese mismo año, los Tribunales de Distrito de los Estados Unidos atendieron, aproximadamente, un total de 276 000 presentaciones civiles y 87 000 presentaciones penales para un total de 365 000 presentaciones en 2009.

Como resultado, la tasa de apelación en los tribunales federales fue de 16%, aproximadamente, una tasa mucho más alta que en el caso del estado de Illinois.

¿La tasa de apelación es demasiado alta o demasiado baja? Recordemos que en los Estados Unidos, el tribunal de primera instancia decide cuestiones de hecho y el tribunal de apelaciones decide cuestiones de derecho. Una decisión acerca de la ley puede dar lugar a un nuevo precedente, que es una nueva norma legal. Los efectos de un nuevo precedente se derraman más allá de los litigantes en el caso en el que se establece el precedente. En consecuencia, los litigantes internalizan un pequeño porcentaje del valor de un nuevo precedente que resuelve su disputa. Debido a que las apelaciones producen cambios en la regla que benefician a muchas personas, quizás los jueces deberían poder pagar más de los costos de litigación de las partes cuando una apelación dé lugar a un nuevo precedente. De este modo, el costo total debería asignarse en la primera instancia para todos los casos, en vez de una fracción del costo, como suele ser la práctica, pero las apelaciones exitosas que se traduzcan en nuevos precedentes deberían ser subsidiadas por el Estado.

¿El proceso legal es un instrumento preciso para decidir los casos de acuerdo con el derecho y con los hechos, o es un instrumento engorroso que carga altos costos a las litigaciones que benefician a los abogados? La respuesta es complicada, como la arquitectura de un edificio antiguo construido y reconstruido a lo largo de los siglos. Una combinación de la teoría económica y los hechos sugiere que la lógica básica del sistema legal es útil para reducir la injusticia y los errores, pero la profesión legal poderosa también ha influido en las normas para beneficio propio.

LECTURAS RECOMENDADAS

Cooter, Robert, "Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law", *International Review of Law and Economics*, vol. 14, 1994, p. 215.

Ginsburg, Tom, y Glenn Hoetker, "The Unreluctant Litigant?: An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation", *Journal of Legal Studies*, vol. 35, 2006, p. 31.

Posner, Richard A., *Frontiers of Legal Theory*, cap. 10 ("Testimony"), cap. 11 ("The Principles of Evidence and the Critique of the Adversarial Process"), y cap. 12 ("The Rules of Evidence"), Harvard University Press, Londres, 2001.

———, "What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everyone Else Does)", *Superior Court Economic Review*, vol. 3, 1993.

Spier, Kathlyn, "Tied to the Mast: Most-Favored-Nation Clauses in Settlement Contracts", *Journal of Legal Studies*, vol. 32, 2003, p. 91.

XII. TEORÍA ECONÓMICA DEL DELITO Y EL CASTIGO

La verdadera medida de los delitos es el daño causado a la sociedad.

CESARE BECCARIA,

On Crimes and Punishment, 1764, 64

CUALQUIER teoría del delito debe contestar dos interrogantes: "¿cuáles actos deberían ser castigados?" y "¿en qué medida?" La primera pregunta se refiere a los criterios que distinguen un delito, y la segunda pregunta se refiere a la calibración de los castigos. En los dos capítulos siguientes desarrollaremos la teoría económica del delito y la contrastaremos con una teoría moral particular, y discutiremos algunos descubrimientos empíricos e implicaciones de esa teoría económica. Sostenemos que la teoría económica ofrece respuestas más convincentes y precisas para estas dos interrogantes generales.

Pero en lugar de ver al delito como un reto para la teoría, la mayoría de los individuos ven el delito como una amenaza para la riqueza y la vida. En los Estados Unidos, por ejemplo, el delito afecta directamente a casi una de cada tres familias cada año. Las inconsistencias en los reportes de delitos hacen difíciles las comparaciones a nivel internacional, pero en comparación con los Estados Unidos, los delitos violentos son más frecuentes, en apariencia, en Latinoamérica y África, menos frecuentes en Europa y Japón, y es probable que sean aún menos frecuentes en China e India.[1] Aparentemente, las tasas de robos en los Estados Unidos son similares a las de Europa, pero son considerablemente más bajas en Japón y Corea. El crimen, que alguna vez fuera raro para muchas personas, es un fenómeno generalizado en varios países. En consecuencia, se formulan argumentaciones apasionadas en favor de una reforma radical para volver al castigo más seguro, rápido y severo. En cambio, se argumenta de manera igualmente apasionada que el aumento del castigo victimizará a algunas personas sin reducir el delito. Cuando bajaron recientemente las tasas del delito en los Estados Unidos, los defensores de castigos severos se adjudicaron el avance, mientras que sus oponentes dicen que la declinación del delito es atribuible a otros factores y es una razón más para eliminar los castigos severos.

Para avanzar en la solución de estas disputas, en los últimos capítulos emplearemos la teoría económica para definir delitos y distinguirlos de las ofensas civiles, desarrollaremos modelos de conducta de delincuentes y policías, examinaremos estadísticas sobre las tasas delictivas, así como cuestiones tan importantes como la pena capital, el control de armas, las drogas ilegales y el efecto de disuasión de las sanciones penales. Éstos son ejemplos de las

cuestiones particulares del derecho penal de las que nos ocuparemos:

EJEMPLO 1

Jaime Flores es condenado por ataque peligroso por haber golpeado y roto la nariz a José Pérez. Como castigo, el juez puede imponerle una multa elevada o una reclusión carcelaria corta. Si el juez cree que ambos castigos disuadirían en la misma medida el delito en el futuro, ¿cuál castigo debería usar el juez?

EJEMPLO 2

Flores es sentenciado a prisión, pero la cárcel está llena y el carcelero no puede añadir legalmente más internos. El Estado podría construir otra cárcel o liberar a algunos de los internos actuales para hacerle lugar a Flores. ¿Cuál respuesta generará la cantidad correcta de disuasión de los delincuentes y minimizará los costos sociales del delito?

EJEMPLO 3

Un ladrón rompe la ventana de un automóvil que cuesta $100 y se roba un radio de $75. ¿Es el costo social del delito $175 (la pérdida de la víctima), $100 (la pérdida de la víctima menos la ganancia del victimario) o alguna otra cantidad?

EJEMPLO 4

Ivonne desea aumentar la seguridad de su casa contra ladrones. Considera tres alternativas: *1)* poner rejas en sus ventanas; *2)* instalar una alarma antirrobo, o *3)* comprar una pistola. ¿Cómo afectaría cada una de estas opciones a los ladrones de la casa de Ivonne y de las casas vecinas? Por ejemplo, ¿reducirían las rejas de las ventanas de Ivonne el delito en la vecindad o sólo lo canalizaría hacia otras casas? ¿Alertará una alarma a los vecinos? ¿Sabrán los ladrones que Ivonne tiene una pistola? ¿Cuál opción debería alentar el Estado para que adoptara Ivonne?

1. Teoría tradicional del derecho penal

En el capítulo VI la teoría económica de los ilícitos culposos distinguía entre el daño ocasionado por los accidentes y el costo de prevenirlo. Idealmente la ley debería minimizar el monto de los costos del daño accidental y el de prevenirlo, obteniendo así la "cantidad óptima de accidentes". Del mismo modo, la teoría económica del delito distingue entre el daño ocasionado por el delito y el costo de prevenirlo. La ley debería minimizar el monto de los costos del delito y de su prevención, obteniendo "la cantidad óptima del delito". Este lenguaje suena extraño, pero ayuda a responder las dos preguntas principales de una teoría del delito: ¿Qué actos deberían castigarse y en qué medida? El hilo conductor del análisis económico se centra en los costos sociales, cuya medida simple es igual al monto del costo del daño causado por el delito y su prevención. Un acto debería tratarse como un delito y castigarse si al hacerlo se reduce el costo social. La severidad del castigo debería nivelarse para minimizar los costos sociales.

Estas respuestas colocan a la teoría económica del delito en la larga tradición del pensamiento utilitario. Esta tradición contrasta con una teoría moral del

delito llamada “retributismo”, que proporciona diferentes respuestas a las dos preguntas principales de la teoría del delito. De acuerdo con el retributismo, el derecho penal y la política deberían hacer lo que es moralmente correcto, sin importar si al hacerlo reducen los costos sociales. Lo correcto es castigar a quienes cometen delitos al dañar intencionalmente a otros, y lo incorrecto es castigar a quienes son inocentes. La extensión del castigo debería ser proporcional a la gravedad del delito. El grado del castigo debería ser proporcional a la severidad del delito, o a qué tan moralmente incorrecto es. El castigo desproporcionado es incorrecto, incluso si reduce el costo social.[2]

La manera habitual en que los filósofos contrastan las teorías utilitaria y retributista es planteando ejemplos hipotéticos que se enfrentan uno a otro en una especie de estira-y-afloja mental. Si pudiera encarcelar a una persona de por vida, ¿escogería a la persona cuyo encierro prevendría el mayor daño, como la disuasión de los asesinos, tal como sugiere el utilitarismo? ¿O encarcelaría a la persona que cometió el peor delito, como el asesinato más atroz, tal como sugiere el retributismo? O supongamos que el prisionero *A* cometió un horrible asesinato y no volvería a dañar a nadie (ya que está muy débil y arrepentido), mientras que el prisionero *B* cometió un homicidio y volvería a hacerlo de ser liberado (él es fuerte, irritable e impenitente). ¿Concedería la libertad provisional a la persona *A*, como sugiere el utilitarismo, o a la persona *B* como sugiere el retributismo?

Aplicados hasta sus extremos lógicos, el utilitarismo y el retributismo producen enigmas y paradojas. En vez de explorarlos, desarrollaremos la teoría económica del delito y la aplicaremos a cuestiones prácticas del derecho penal y la política.

En Inglaterra, gran parte del derecho penal formaba parte originalmente del derecho común, pero al cabo de muchos decenios los estatutos penales remplazaron al derecho común de los delitos. El derecho penal moderno se encuentra codificado ahora en estatutos tanto en los países del derecho común como en los del derecho civil. Este cuerpo de derecho incorpora lo que podríamos llamar una teoría tradicional de los delitos, de acuerdo con la cual el derecho penal difiere del derecho civil por las características siguientes:

1. El delincuente trató de causar un daño, mientras que los daños civiles son accidentales.
2. El daño hecho por el delincuente fue público; asimismo tiene el carácter de privado.
3. El demandante es el Estado, no el individuo privado.
4. El demandante tiene una norma probatoria más exigente en un juicio penal que en un juicio civil.
5. Si el demandado es culpable, será castigado.

Describiremos estas características y mostraremos que la teoría económica provee un marco útil para explicarlas, mientras que el retributismo plantea las preguntas importantes o provee las respuestas incorrectas.

NOTA WEB XII.1

La teoría retributiva tiene una tradición larga y notable, y merece una elaboración más extensa que la que podemos ofrecer aquí. Pero en nuestro sitio web hacemos una descripción mucho más completa de la teoría retributiva y destacamos los contrastes entre esa teoría y la explicación económica del delito y el castigo.

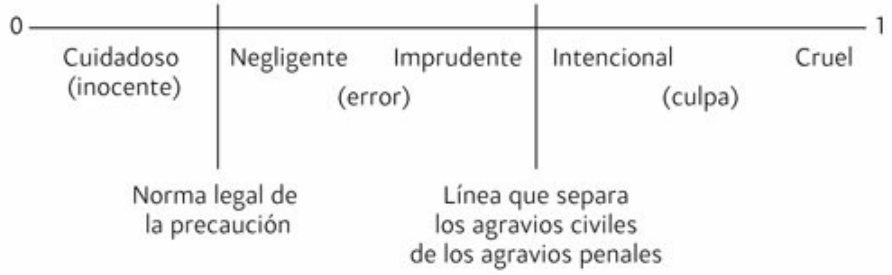
A. *Intención criminal*

Un conductor cuidadoso no tiene culpa e impone un riesgo moderado a otros, mientras que un conductor descuidado es negligente e impone un riesgo excesivo a otros. Los conductores negligentes deben compensar a quienes hayan dañado. Pero ni siquiera los conductores descuidados se desentienden de la seguridad de otros y les imponen intencionalmente un riesgo excesivo. Un conductor que impone intencionalmente un riesgo excesivo a otros es imprudente. Como vimos en el capítulo VII, ser imprudente puede obligar al victimario, en algunos países, a pagar daños punitivos además de los daños compensatorios.

Ni siquiera un conductor que se desentiende de la seguridad de otros atropella intencionalmente a alguien. Más allá de la imprudencia se encuentra el daño intencional. "Hasta un perro sabe la diferencia entre ser arrollado y ser pateado". Lo mismo ocurre con la ley. La ley toma muy en cuenta la distinción entre el daño accidental y el daño intencional. El derecho de los ilícitos culposos se ocupa del daño accidental, y el derecho penal se ocupa del daño intencional.

Mens rea (la expresión latina que significa "una mente culpable") es el término legal para la intención criminal. Para desarrollar esta idea de *mens rea*, trazaremos la línea divisoria entre el daño accidental y el daño intencional.

GRÁFICA XII.1. *La escala de la culpabilidad*



Consideremos el ordenamiento de actos a lo largo de un continuo en la gráfica XII.1. Principiando en el lado izquierdo de la escala, el victimario es cuidadoso e inocente. Avanzando hacia la derecha, el comportamiento del victimario se

vuelve negligente, luego imprudente y luego criminal. El comportamiento cuidadoso es menos culpable que el comportamiento negligente; el comportamiento negligente es menos culpable que el daño intencional. De acuerdo con este continuo, la línea que separa a la falta de la *mens rea* se encuentra entre la imprudencia y el daño intencional. A medida que los actores cruzan esta línea divisoria, pasan de la falta a la culpa.

Nuevas graduaciones de la intención criminal son a veces relevantes para la determinación del castigo. Por ejemplo, el hecho de dañar a alguien intencionalmente para obtener una ventaja personal no es tan malo como el hecho de dañar a alguien en forma cruel y deleitándose con el dolor de la víctima. Hay así una graduación continua en la evaluación moral del actor, desde la inocencia en el extremo bueno hasta la crueldad en el extremo malo.[3] El desarrollo de estas distinciones ha ocupado desde hace mucho tiempo a los filósofos y los científicos sociales. Más adelante en este capítulo describiremos algunas contribuciones de los economistas, cuando expliquemos los modelos de la racionalidad disminuida y la debilidad de la voluntad, que se relaciona con la distinción de los daños intencionales y no intencionales.

PREGUNTA XII.1

Definimos el delito como "el daño intencional a personas o propiedades". En los países comunistas, se definía "el delito" como un comportamiento "socialmente peligroso". ¿Puede relacionar la diferencia de las definiciones con el continuo descrito antes?

B. *Daño público y prosecución pública*

Prosiguiendo con nuestra lista, vemos que la segunda característica distintiva de un delito es la naturaleza del daño. En las áreas del derecho que hemos examinado hasta ahora —propiedad, contratos e ilícitos culposos—, la mayor parte del daño ha sido privado. En el derecho penal, gran parte del daño es público. Consideremos que un homicidio amenaza la paz y la seguridad de la sociedad en conjunto, de modo que hace temer por sus vidas a otros, además de la víctima. William Blackstone, el gran comentarista de las leyes inglesas del siglo XVIII, decía que "en estos daños grandes y atroces [que llamamos delitos], el mal privado se ve superado por el mal público: raras veces escuchamos alguna mención de la satisfacción para el individuo, siendo tan grande la satisfacción para la comunidad".[4]

Más adelante conectaremos este análisis tradicional del daño público con la teoría económica de los bienes públicos. Nuestro análisis criticará la concepción tradicional, expresada por Blackstone, de que el delito daña al público, mientras que los ilícitos culposos sólo causan daño privado. Por ahora, sin embargo, explicaremos la concepción tradicional de que el delito daña al público: una concepción entendida por generaciones de abogados.

La idea de que los delitos dañan al público tiene varias implicaciones. Primero,

justifica la diferencia existente entre los demandantes en los juicios civiles y en los juicios penales. En un juicio civil el demandante es un individuo privado (la víctima). En un juicio penal el demandante es la sociedad representada por el fiscal público o el procurador general.

Segundo, la idea de que los delitos dañan al público implica la posibilidad de los delitos "sin víctima", como el juego de azar, la prostitución y la venta de drogas ilegales. Las partes de estos delitos realizan a menudo ventas voluntarias para ventaja mutua. Sin embargo, la teoría tradicional del derecho penal sostiene que estas transacciones tienen víctimas: la sociedad cuya paz y seguridad se ven amenazadas.

Tercero, la teoría tradicional del daño público justifica el castigo de las tentativas de causar daño, aunque fracasen. Cuando el comportamiento potencialmente dañino no causa ningún daño efectivo, el daño de la víctima es nulo, de modo que la víctima por lo general no tiene ninguna causa para el juicio civil. Sin embargo, las tentativas fallidas del delito, también llamadas delitos incoados, causan temor y otros daños al público. La teoría tradicional del derecho penal sostiene que una persona que trata de dañar a otra y fracasa debe ser castigada.

PREGUNTA XII.2

Explique por qué la falsificación de dinero es un delito. ¿Quién es la víctima? ¿Existe una víctima privada, así como víctimas públicas?

PREGUNTA XII.3

Distinga entre *1)* la imposición de un riesgo a otros mediante la conducción descuidada sin que ocurra efectivamente un accidente, y *2)* la inspiración de temor en otros cuando se trata de cometer un delito y se fracasa.

C. *Norma probatoria*

La cuarta característica de un delito es el elevado nivel de la prueba que se impone a la prosecución. El fiscal en un caso penal debe satisfacer un nivel de prueba mayor que el del demandante en un caso civil. Como vimos en el capítulo anterior, en los países del derecho común, el demandante en un caso civil debe probar su acción mediante una preponderancia de la prueba; es decir, su argumentación debe ser más creíble que la del demandado. En una acción penal, en los países del derecho común, el fiscal debe probar su argumentación *más allá de una duda razonable.*

La teoría tradicional ofrece tres razones para la imposición de esta norma exigente a la acusación. Primero, condenar a una persona inocente parece algo peor que absolver a una persona culpable. El derecho penal equilibra estos dos errores, que los estadísticos llaman errores de tipo II (un positivo falso, es decir, condenar a un inocente) y de tipo I (un negativo falso, es decir, exonerar a una

persona culpable), respectivamente en favor del acusado. Segundo, la prosecución puede hacer que todos los recursos del Estado se pongan de su lado. La imposición de una pesada carga de la prueba a la prosecución disminuye esta ventaja. Tercero, los ciudadanos pueden necesitar protección contra fiscales excesivamente celosos que buscan su promoción burocrática y política.

En comparación con los países del derecho común, algunos países del derecho civil promueven una relación íntima entre los jueces y los fiscales estatales. Por ejemplo, en Alemania los funcionarios trabajan a menudo como fiscales antes de convertirse en jueces, o se alternan entre estos dos empleos. Esta intimidad puede justificarse por la disminución de los errores de parte de jueces y fiscales. Conocer la perspectiva de los jueces ayuda a los fiscales a evitar la pérdida de tiempo del tribunal. Igualmente, por comparación con los países del derecho común, el juez de los países del derecho civil desempeña un papel más activo en el desarrollo de las argumentaciones durante el juicio. Los jueces son más eficientes en el desarrollo de las argumentaciones cuando han tenido experiencia como fiscales. La disminución de los errores es especialmente importante en los casos penales, porque durante la prosecución de un delito el acusado puede pasar momentos penosos e incurrir en gastos, aunque el veredicto final sea de "inocente". Adviértase que las personas de los países del derecho común a veces exageran la intimidad entre el juez y el fiscal en los países del derecho civil diciendo que una persona acusada de un delito en un sistema inquisitorial es culpable hasta que pruebe su inocencia. Esto es estrictamente falso.[5]

PREGUNTA XII.4

Explique cómo influye la confianza del público en el fiscal sobre la norma probatoria en los juicios penales.

PREGUNTA XII.5

La mayoría de las jurisdicciones tienen dos veredictos posibles en los juicios penales: culpable o inocente. Los juicios penales escoceses tienen tres veredictos posibles: culpable, no probado o inocente. Explique la diferencia entre los veredictos binarios y trinarios, por lo que toca a la norma probatoria.

D. *Castigo*

Quienes cometen un delito se exponen al riesgo del castigo. El castigo puede asumir varias formas: la libertad de los delincuentes puede ser eliminada mediante la prisión; sus movimientos pueden ser restringidos mediante la libertad condicional (ahora llamada "liberación supervisada" en la ley federal de los Estados Unidos), o pueden imponerse multas. Las multas, la libertad condicional y el encarcelamiento son con mucho las formas más comunes del castigo. En algunas jurisdicciones existen otras formas del castigo, tales como el trabajo forzado ("servicio a la comunidad"). En algunas jurisdicciones, el acusado

enfrenta todavía la posibilidad de ser apaleado, mutilado o ejecutado por el Estado. La pena capital está prohibida en los países de la Unión Europea, pero persiste en otros países como China, y fue restablecida en varios estados de la Unión Americana por la Suprema Corte en 1976, luego de que la corte la encontró inconstitucional en 1972.

El castigo en el derecho penal es diferente de la indemnización en el derecho civil. La indemnización del derecho civil trata de restablecer el bienestar de la víctima a expensas del victimario. El castigo del derecho penal empeora la situación del victimario sin beneficiar directamente a la víctima. En virtud de que la motivación es diferente, las cuestiones de la indemnización y el castigo son a menudo independientes entre sí en un caso dado. Esto es fácil de ver para el caso de los ilícitos culposos que también son delitos, como el asalto. Por ejemplo, puede imponerse el castigo además de la indemnización, como ocurre cuando la prosecución penal sigue a la recuperación de un ilícito culposo. Alternativamente, puede imponerse el castigo en lugar de la indemnización, como ocurre cuando el Estado encarcela a un indigente por ataques y la víctima no demanda el ilícito culposo porque el victimario no podría pagar ninguna indemnización.

En los casos referentes al dinero, una definición estricta ilumina la diferencia existente entre la compensación y el castigo. La compensación perfecta es una suma de dinero que deja a la víctima indiferente entre el daño con compensación y la ausencia de daño. En el capítulo VII definimos el concepto paralelo de la devolución perfecta: la devolución perfecta es una suma de dinero que deja al victimario indiferente entre el daño con devolución y la ausencia de daño. Por definición, el castigo va más allá de la devolución. El castigo monetario es una suma de dinero que lleva al victimario a preferir la ausencia de daño al daño con el pago del dinero. Para ilustrar con el ejemplo 3, si un ladrón rompe la ventana de un automóvil que cuesta $100 y se roba un radio que vale $75, la compensación perfecta será igual a $175, la devolución perfecta será igual a $75, y el castigo es una suma de dinero superior a $75. Por lo tanto, el delincuente podría ser obligado a pagar $175 como compensación a la víctima y también a pagar al Estado una multa de $100.

PREGUNTA XII.6

En el caso del robo, por lo general la pérdida de la víctima supera a la ganancia del victimario, mientras que ocurre lo contrario en el incumplimiento de un contrato. ¿Por qué? ¿Cuáles son las implicaciones de la compensación y del castigo para los valores relativos en dinero?

2. Teoría económica del delito y el castigo

La teoría tradicional del derecho penal ofrece algunas razones de las características de un delito y distingue entre las prosecuciones penales y las disputas civiles, pero no ofrece ningún modelo que pueda predecir el

comportamiento penal ni propone una meta clara para el derecho penal. La teoría económica del delito, que desarrollamos en este capítulo, hace todo esto y más. Empecemos por distinguir entre las prosecuciones penales y las disputas civiles, ofreciendo razones de las características de un delito. Luego, elaboraremos un modelo para predecir el comportamiento delictivo con base en una teoría de la elección racional de cometer un delito. Por último, propondremos una meta clara para el derecho y la política penales: se trata de minimizar el costo social de los delitos. Usando esta norma, demostramos cómo se calculan las políticas óptimas.

A. *Inadecuación del derecho de los ilícitos culposos, necesidad del derecho penal*

En los capítulos VI y VII vimos cómo el derecho de los ilícitos culposos logra incentivos eficientes haciendo que los victimarios —y en algunos casos las víctimas— internalicen el costo de los accidentes. La mayor parte de los delitos son también ilícitos culposos, lo que significa que la mayoría de los delincuentes son vulnerables a los juicios civiles. Si los juicios civiles lograran que el victimario internalizara el costo de los delitos, el derecho penal sería innecesario desde el punto de vista económico. Sin embargo, por varias razones los juicios civiles no pueden internalizar el costo de los delitos. Explicaremos estas razones para justificar la existencia del derecho penal.

La primera razón se refiere a ciertas limitaciones inherentes a la compensación. Dijimos en el capítulo VI que la compensación es perfecta cuando las víctimas potenciales se sienten indiferentes acerca de los accidentes en el sentido de que les da igual tener el daño y su pago que no tener daño ni pago. La compensación perfecta internaliza el daño causado por los victimarios. Sin embargo, en el capítulo VII argüimos que la compensación perfecta es imposible para la mayoría de las personas que perdieron una pierna o un hijo. En tales casos, los tribunales otorgan el pago de daños para disuadir los riesgos poco razonables, no para compensar el daño efectivamente causado. Sería mejor si estos daños incompensables no ocurriesen.

De igual modo, el castigo penal trata de disuadir los daños intencionales, no de compensarlos. Consideremos un experimento mental en relación con un delito. ¿Cuánto dinero necesitaría para aceptar que alguien lo atacara con un martillo? Esta pregunta no tiene mucho sentido. El concepto de la indiferencia resulta difícil de aplicar a delitos tales como los ataques. En consecuencia, el derecho relevante no puede tomar como meta la compensación perfecta de las víctimas ni la internalización de los costos por parte de los victimarios. En lugar de fijarle un precio al delito, la meta del castigo es su disuasión. El Estado prohíbe que los individuos dañen intencionalmente a otros y sanciona esta prohibición con un castigo. Por lo tanto, el derecho penal es un complemento necesario del derecho de los ilícitos culposos cuando la compensación perfecta es imposible.

Aunque la compensación perfecta sea imposible en principio, puede resultar imposible de hecho. Supongamos, por ejemplo, que existe un nivel de compensación que deja a Juan indiferente acerca de que Francisco le arranque un brazo. Sería imposible probar este nivel en el tribunal. El obstáculo para la prueba es que los brazos no se compran ni venden en un mercado; ni hay ningún procedimiento objetivo para saber cuánto vale la pérdida para Juan. Si el tribunal le pregunta a Juan qué suma de dinero cree que lo compensaría por la pérdida, es posible que Juan no sepa la respuesta, o que conteste con una exageración. Cuando no hay un mercado para inducir a los individuos a revelar sus valuaciones subjetivas, los economistas suelen decir que existe un "problema de revelación de preferencias". Cuando la compensación perfecta es posible en principio, puede resultar imposible de hecho a causa del problema de la revelación de preferencias.

Hemos justificado el derecho penal cuando la compensación es imperfecta. Pero supongamos que la compensación perfecta es posible. ¿Podrá el derecho privado lograr la eficiencia sin necesidad del derecho penal? La respuesta es negativa. Para ver por qué, debemos considerar otro argumento. En el capítulo IV, sobre la propiedad, distinguimos entre la protección de un interés y la protección de un derecho. Recuérdese que si la ley permite la invasión a condición de que el invasor compense al propietario por cualquier daño que se cause, la ley protegerá el interés del dueño en la propiedad. Pero la ley no protege el derecho del dueño a usar la propiedad como le plazca sin interferencia de otros. De igual modo, si las víctimas de accidentes automovilísticos fuesen perfectamente compensadas, sus intereses en sus personas y propiedades estarían protegidos, pero se violaría su derecho a moverse como quieran sin interferencia de otros. Moverse como uno quiera, sin la interferencia de otros, es parte de la libertad. La protección de los intereses asegura la riqueza, y la protección de los derechos asegura la libertad.

Hay buenos argumentos económicos para la protección de los derechos antes que la de los intereses. En capítulos anteriores vimos que la sociedad está, en general, en mejor situación cuando los bienes se adquieren mediante el intercambio voluntario, porque tal intercambio garantiza que los bienes pasarán a las manos de quienes los valúan más, y al hacerlo así mejora la situación de ambas partes. Los bienes que cambian de manos sin el consentimiento de ambas partes —como ocurre con el robo— no llevan esta misma garantía. El bien robado puede ser más valioso para su propietario que para el ladrón, pero el robo ocurre cuando el ladrón no tiene que pagar el precio pedido por el propietario. Éste es un argumento en favor de la proposición de que los remedios del derecho penal deben fijarse, en parte, de tal manera que se proteja y estimule el intercambio voluntario a través de los mercados.

Hemos sostenido que dos obstáculos impiden la sustitución del castigo por la compensación: primero, la compensación perfecta puede ser imposible; y

segundo, aunque la compensación perfecta fuese posible, es factible que la ley trate de proteger los derechos de las víctimas potenciales antes que sus intereses.

Hay una tercera razón para complementar la responsabilidad con el castigo en algunas circunstancias: el castigo es a menudo necesario para la disuasión. Por ejemplo, supongamos que un ladrón está considerando si le convendrá robarse un televisor de $1 000. Supongamos que la probabilidad de que el ladrón sea aprehendido y condenado es igual a 0.5. Supongamos que el ladrón es responsable en el derecho de la propiedad, pero no en el derecho penal. El costo esperado del robo para el delincuente es igual a la responsabilidad esperada: 0.5($1 000) = $500. El beneficio para el ladrón es igual a $1 000. Por lo tanto, el beneficio neto esperado por el ladrón es igual a $1 000 - $500 = $500. En este ejemplo, la responsabilidad civil sin castigo vuelve rentable al robo.

En general, los ladrones no pueden ser disuadidos por el requerimiento de que devuelvan lo que se hayan robado siempre que sean atrapados. A fin de disuadir a los ladrones, la ley debe imponer un castigo suficiente para que el beneficio neto esperado del delito para el delincuente sea negativo. En el ejemplo precedente, la disuasión del ladrón requiere la devolución del televisor o de su valor, $1 000, más una multa adicional.

De acuerdo con el análisis anterior, el derecho de los ilícitos culposos trata a menudo de internalizar los costos, tales como el riesgo de accidentes. Una vez que los costos se internalizan, los actores quedan en libertad de actuar como les plazca, siempre que paguen el precio. Sin embargo, la internalización no es la meta apropiada cuando la compensación perfecta es imposible en principio o en la práctica, o cuando los individuos desean proteger sus derechos antes que sus intereses, o cuando los errores del cumplimiento minan sistemáticamente la responsabilidad. En estas circunstancias, la meta apropiada de la ley es la disuasión. En este caso, los actores no están en libertad de pagar el precio y hacer lo que quieran. Por el contrario, los castigos se calibran de tal modo que se disuada a los actores que prefieren realizar el acto a pesar de su precio.

La conexión existente entre la sanción y la psicología del actor inclina al observador a concentrarse en determinar si la ley busca la internalización o la disuasión. A medida que aumenta el compromiso psicológico del actor con el acto, la disuasión del actor requiere una sanción mayor. Cuando la meta es la disuasión, un castigo más severo corresponde a un mayor compromiso psicológico con el acto. Por ejemplo, la disuasión requiere que un acto deliberado reciba un castigo más severo que el mismo acto ejecutado espontáneamente. De igual modo, la disuasión requiere un castigo más severo cuando se reincide en el delito que cuando se incurre en él por primera vez.

En cambio, el compromiso psicológico del actor con el acto no afecta la meta de la internalización. El problema legal de la internalización se refiere a los costos que el actor impone a los otros. El costo para los demás depende del daño que causó el acto, no del compromiso del actor para hacerlo. A medida que aumenta

el compromiso psicológico del actor con el acto, la internalización no requiere que la sanción se agrave. Por ejemplo, la internalización no requiere sanciones más severas para el mismo acto ejecutado deliberadamente antes que espontáneamente, ni para un acto repetido antes que para un acto que se ejecuta por primera vez.

Volvamos ahora a la primera de nuestras preguntas fundamentales: "¿Cuáles actos deberían ser castigados?" Los actos deben ser castigados cuando se busque la disuasión, mientras que a los actos debe asignárseles un precio cuando se busque la internalización.[6] La ley debe buscar la disuasión cuando la compensación perfecta sea imposible en principio o en la práctica, cuando los individuos deseen que la ley proteja sus derechos antes que sus intereses, o cuando los errores de la ejecución minen sistemáticamente la responsabilidad.

PREGUNTA XII.7

Expusimos tres razones para la existencia de castigos penales en lugar de la responsabilidad culposa. Presente un ejemplo concreto que ilustre cada una de esas razones.

B. *Delito racional*

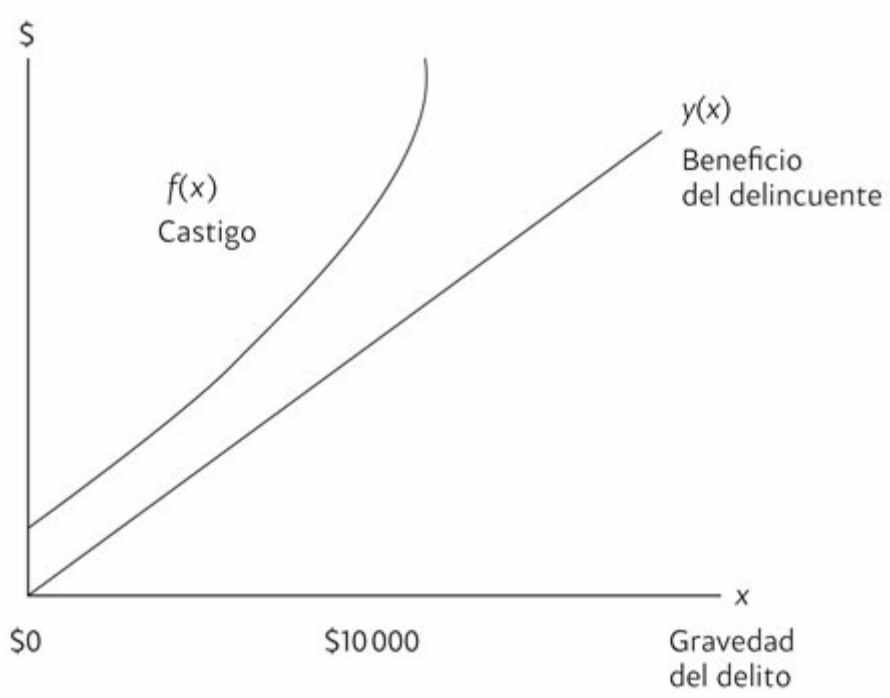
Hemos ofrecido algunas razones económicas por las que es necesario que el derecho penal complemente al derecho de los ilícitos culposos. Ahora elaboraremos una teoría para predecir el comportamiento criminal, explicando primero cómo una persona racional, amoral, podría optar entre cometer o no un delito. (Más adelante consideraremos la relación existente entre la racionalidad disminuida y el delito.) Entendemos por "persona racional, amoral" aquella que cuidadosamente determina los medios para alcanzar fines ilegales sin ninguna restricción por la culpa o la moral internalizada.

Los delitos pueden ordenarse según su gravedad. Sea que x denote la gravedad de un delito, donde $x = 0$ indica que no hay delito y $x > 0$ indica un delito grave. A menudo, los delitos más graves tienen una mayor remuneración para el delincuente. Sea que y denote la remuneración del delincuente, donde $y = y(x)$ y $y(x)$ aumenta en x. Para ser concretos, considere el delito de malversación por parte de un contador en una empresa pequeña. La gravedad de la malversación se mide, en parte, por la cantidad robada. El contador no puede malversar nada, en cuyo caso $y = x = \$0$, y no hay delito. Alternativamente, el contador puede malversar mucho, digamos, \$10 000, en cuyo caso $y = x = \$10\,000$ y el delito es grave.

El castigo puede clasificarse por su severidad. Sea que f denote la severidad del castigo, donde $f = 0$ indica que no hay castigo y $f > 0$ indica un castigo severo. Los castigos más severos se aplican a los delitos más graves, por lo tanto $f = f(x)$, y $f(x)$ aumenta en x. Concretamente, consideremos una multa para castigar la malversación. A fin de castigar, la multa debe exceder la remuneración del delincuente: $f(x) > y(x)$.

La gráfica XII.2 representa estas suposiciones. El eje horizontal indica la gravedad del delito medida por la cantidad malversada, x. La remuneración del delincuente, denotada por $y(x)$ y medida en el eje horizontal, también equivale a la cantidad malversada. Por lo tanto, $y(x)$ tiene una pendiente positiva de 45°. La curva denotada por $f(x)$ y etiquetada como "castigo" muestra la severidad del castigo prescrito por la ley en función de la gravedad del delito. Se asume que el castigo es una multa. La curva $f(x)$ de la pendiente es positiva para indicar que el castigo se vuelve más severo a medida que el delito se vuelve más grave y $f(x)$ se mantiene por encima de la remuneración $y(x)$ porque la sanción es un *castigo;* es decir, que excede la remuneración del delincuente.

GRÁFICA XII.2. *Beneficio y castigo*



Si todo crimen se castigara con certeza, cometer un delito no pagaría. Por lo tanto el delincuente escogería x para igualar a cero.

En la realidad, el castigo es probabilístico, no certero. El delincuente puede escapar a la detección, la aprehensión, o a la condena. Quien toma decisiones racionales toma en consideración la probabilidad del castigo cuando contempla el cometer un delito. El castigo esperado equivale a la probabilidad del castigo p multiplicada por la severidad: pf. Por ejemplo, si la multa por el desvío de $1 000 es igual a $2 000, y la probabilidad de que un delincuente sea atrapado y condenado es igual a 0.75, entonces el castigo esperado es igual a 0.75($2 000) = $1 500. En la gráfica XII.3, la curva del castigo esperado pf se sitúa necesariamente por debajo de la curva del castigo real f, debido a que la probabilidad p es menor a 1.

Los esfuerzos para detectar, enjuiciar y condenar delincuentes normalmente se incrementan con la gravedad del delito. Por lo tanto, la probabilidad p de una sanción es una función de la gravedad del delito, $p = p(x)$, y $p(x)$ aumenta en x. El castigo $f(x)$ también aumenta con la gravedad del delito. Por lo tanto, la sanción esperada $p(x)f(x)$ aumenta con la gravedad del delito, como se muestra en la gráfica XII.3.

¿Corporaciones criminales?

Las corporaciones cometen regularmente ilícitos culposos. Por ejemplo, gran parte del derecho de la responsabilidad por productos de consumo se ocupa de los ilícitos culposos cometidos por las corporaciones. Cuando una corporación comete un ilícito culposo, la responsabilidad se impone a la organización, no a sus miembros individuales. Pero ¿qué diremos de los delitos? ¿Puede una corporación cometer un delito? Hay un obstáculo legal para condenar a las corporaciones por un delito: *mens rea*. Un individuo puede tener una mente culpable, pero no está claro que las organizaciones la puedan tener. *Mens rea* requiere la intención de obrar mal y causar daño. Supuestamente, las organizaciones carecen de mentes, de modo que también carecen de intenciones (excepto en un sentido metafórico).

Mientras se pensó que las organizaciones no podían tener una intención criminal, los delitos que podían cometer las corporaciones se limitaban a los llamados delitos de responsabilidad estricta. La responsabilidad penal estricta no requiere que se intente hacer algo malo. Algunos ejemplos de los delitos de responsabilidad estricta son la venta de drogas no certificadas o el transporte de explosivos por rutas prohibidas. Otros delitos, como el homicidio, el fraude o el asalto, podrían ser cometidos por los miembros de la corporación, pero no por la corporación misma.

La capacidad para procesar a las corporaciones por delitos de responsabilidad estricta otorga a los reguladores y a otros funcionarios un método adicional para disuadir a las corporaciones de cometer fechorías. En un juicio civil el fiscal sólo necesita establecer la responsabilidad por la preponderancia de las pruebas, pero los daños se limitan a la compensación por el daño efectivamente causado por sus fechorías (y posiblemente el pago de daños punitivos). En un juicio penal el fiscal debe probar su acusación más allá de una duda razonable, lo que es más difícil de hacer. Sin embargo, una prosecución penal exitosa culmina en un castigo, no sólo en la responsabilidad.

PREGUNTA XII.8

Supongamos que una corporación comete un ilícito culposo que es también un delito de

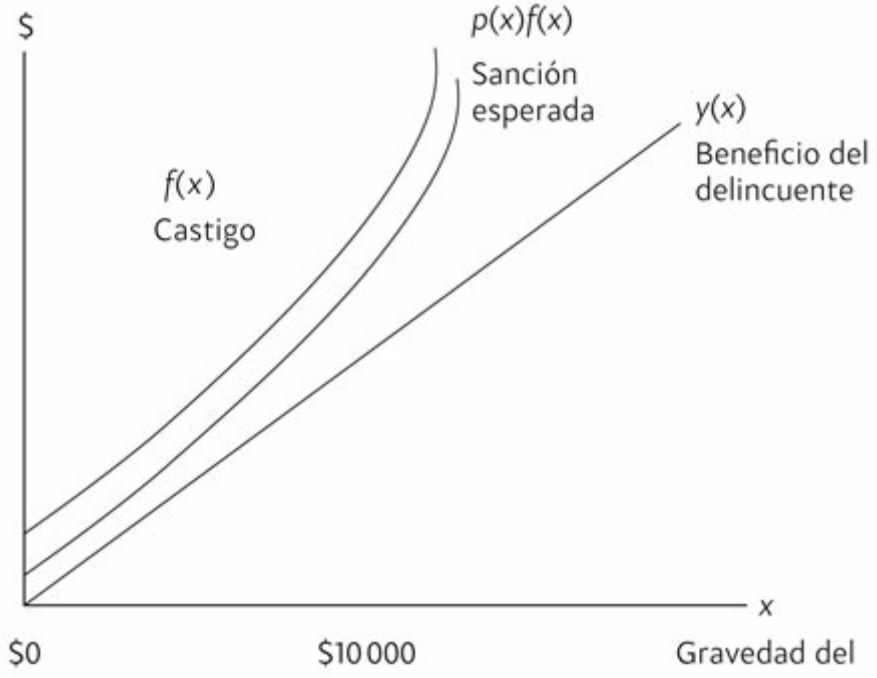
responsabilidad estricta. ¿Cómo debería decidir el Estado si ejercitará una acción civil o una prosecución penal?

PREGUNTA XII.9

¿Qué significa decir que una corporación intenta hacer algo? ¿Pueden las corporaciones ser castigadas más allá del valor de sus activos?

La diferencia entre la remuneración del delincuente y(x) y el castigo esperado $p(x)f(x)$ es igual a la remuneración neta esperada por el delincuente como resultado del delito. La curva del castigo esperado $p(x)f(x)$ en la gráfica XII.3 se encuentra por encima de la remuneración del delincuente y(x) para todos los valores de x, lo que significa que el crimen no paga para una persona que se enfrenta al castigo esperado como se muestra en la gráfica XII.3.

GRÁFICA XII.3. *Remuneración, sanción, sanción esperada*



La mayor parte del tiempo, la mayoría de las personas se encuentran en una situación en la que el delito no paga. Sin embargo, en ocasiones una persona se encuentra en circunstancias en las que sí paga. Por ejemplo, el delito reditúa cuando una persona tiene la oportunidad de cometer un delito con pocas probabilidades de ser atrapado. El delito también paga en circunstancias en las que el delincuente sufre relativamente poco por el castigo. La gráfica XII.4 representa a un individuo en circunstancias en las que el delito reditúa. La función de la remuneración del delincuente y(x) se encuentra por encima del

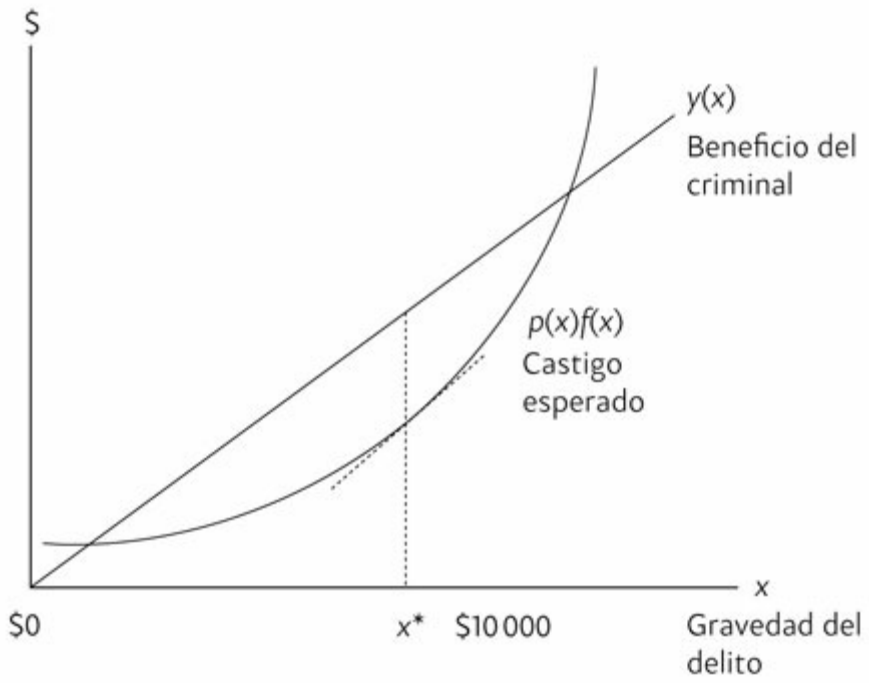
castigo esperado $p(x)f(x)$ para algunos valores de x. Consecuentemente, la malversación de cantidades bajas de dinero produce una remuneración neta esperada. A medida que aumenta la gravedad del delito, la remuneración real aumenta más lentamente que el castigo esperado. Por consiguiente, la malversación de grandes cantidades de dinero produce una pérdida neta esperada.

¿Cuánto malversaría exactamente un delincuente? En la gráfica XII.4 se ve con exactitud cuán grave es el delito más redituable. La ganancia esperada del delito es igual a la diferencia entre la remuneración y(x) y el castigo esperado $p(x)f(x)$, el cual se representa en la gráfica por la distancia vertical entre ambas curvas. La distancia vertical se maximiza cuando la gravedad del delito es igual a x^* . En consecuencia, el delincuente racional malversa x^*.

Esta conclusión puede expresarse en valores marginales. De modo que x^* resuelve

$$\text{máx } y(x) - p(x)f(x).$$

GRÁFICA XII.4. *Crimen racional*



El beneficio marginal para el delincuente derivado del aumento de la gravedad del delito por una cantidad pequeña está dado por la pendiente de una línea tangente a la curva del beneficio, a la que denotamos y'. El costo marginal esperado por el delincuente es igual al aumento esperado en el castigo derivado del aumento en la gravedad del delito por una cantidad pequeña, que está dada por la pendiente de una línea tangente a la curva del castigo esperado, a la que denotamos $p'f + pf'$. El delincuente maximiza los beneficios netos del delito al

malversar una cantidad de dinero hasta el punto en el que el beneficio marginal de una cantidad adicional malversada es igual al castigo marginal esperado:

$$\underset{\text{beneficio marginal del delincuente}}{y'} = \underset{\text{costo marginal esperado del castigo para el delincuente}}{p'f + pf'}$$

Para valores de x por debajo de x^*, el beneficio marginal supera al costo marginal esperado para el delincuente, de modo que éste aumentará la gravedad de la ofensa. Para valores de x por encima de x^* , el costo marginal esperado supera al beneficio marginal, de modo que el delincuente disminuirá la gravedad del delito. Para x igual a x^* , el beneficio marginal es igual al costo marginal esperado, de modo que el delincuente maximiza su remuneración neta manteniendo constante la gravedad del delito.

El castigo esperado marginal por el desvío de un dólar adicional tiene dos componentes: el cambio de la probabilidad del castigo, p', multiplicado por el nivel de la multa; y el cambio de la severidad del castigo, m , multiplicado por el nivel de probabilidad del castigo. Podemos asignar signos a estos dos componentes. Los delitos más graves atraen un esfuerzo de ejecución mayor de parte de las autoridades, de modo que, por lo general, la probabilidad del castigo aumenta con la gravedad del delito. Por lo tanto, p' es casi siempre un número positivo. Además, la severidad del castigo aumenta casi siempre con la gravedad del delito, de modo que m' es un número positivo. Puesto que p' y m' son en general positivos, la curva del castigo esperado de la gráfica XII.3 tiene pendiente positiva.

Podemos utilizar este análisis para predecir la respuesta de los delincuentes ante los cambios de los costos y los beneficios marginales. Una inversión de más esfuerzo en la aplicación del derecho penal puede aumentar la probabilidad marginal, p', de castigar al delincuente. De igual modo, una inversión de más esfuerzo en el castigo de los delincuentes, como mejorar el sistema de recaudación de multas, puede aumentar la severidad marginal, m'. De acuerdo con la ecuación y las gráficas precedentes, un aumento de p' o de m' disminuirá la gravedad del delito cometido por el delincuente racional. Los castigos más certeros y severos reducen la gravedad del delito.

Consideremos ahora un cambio en la oportunidad de cometer delitos como la malversación. El beneficio marginal del delito disminuye cuando se reducen las oportunidades de cometer delitos lucrativos. De acuerdo con la ecuación precedente, una disminución del beneficio marginal del delito, y', reducirá la gravedad del delito cometido por el delincuente racional. Cuando aumenta la oportunidad de malversar, el delincuente racional aumenta la gravedad de su delito hasta que el riesgo del castigo aumenta a un nivel conmensurado con sus oportunidades de delinquir mejoradas.[7]

PREGUNTA XII.10

¿Cómo cambian las gráficas XII.3 y XII.4 si la policía se vuelve más eficiente y atrapa a una mayor proporción de delincuentes? ¿Qué indica el cambio de las gráficas acerca de un cambio en el comportamiento delictivo?

PREGUNTA XII.11

Supongamos que la función de castigo $m(x)$ aumenta en una constante k, de modo que $m(x)$ se vuelve $m(x) + k$. ¿Cuál es el efecto sobre el comportamiento del delincuente?

PREGUNTA XII.12

`

Supongamos que la función de remuneración $y(x)$ aumenta en una constante k, de modo que $y(x)$ se vuelve $y(x) + k$. ¿Cuál es el efecto sobre el comportamiento del delincuente?

C. *Aplicación del modelo del delito racional a la política pública*

Nuestro análisis se ha enfocado en la gravedad del delito, no en la cantidad de delitos cometidos. Con un ligero ajuste, nuestro modelo de la gravedad de los delitos puede convertirse en un modelo de la cantidad de delitos. En lugar de interpretar x como la gravedad del delito que alguien comete, interpretaremos x como el número de delitos de cierta gravedad que alguien comete. En el caso de la malversación, en lugar de que las x indiquen la cantidad de dinero malversado en un solo delito, supongamos que x representa el número de veces que un mismo criminal malversa una cantidad determinada de dinero. Por lo tanto, x representa el número de veces que un contador roba $1000 de la nómina mensual.

La forma de las curvas no cambia al reinterpretar x como el número de delitos de cierta gravedad, en lugar de interpretarla como la gravedad del delito. Para delitos de cierta gravedad, la remuneración del delincuente y es una función creciente del número de delitos que comete, $y = y(x)$; el castigo del delincuente f es una función creciente del número de delitos que comete, $f = f(x)$, y la probabilidad del castigo p es una función creciente del número de delitos que comete, $p = p(x)$. Como se dijo antes, los delincuentes cometen un número de delitos x^* que maximizan la remuneración neta $y(x) - p(x)f(x)$.

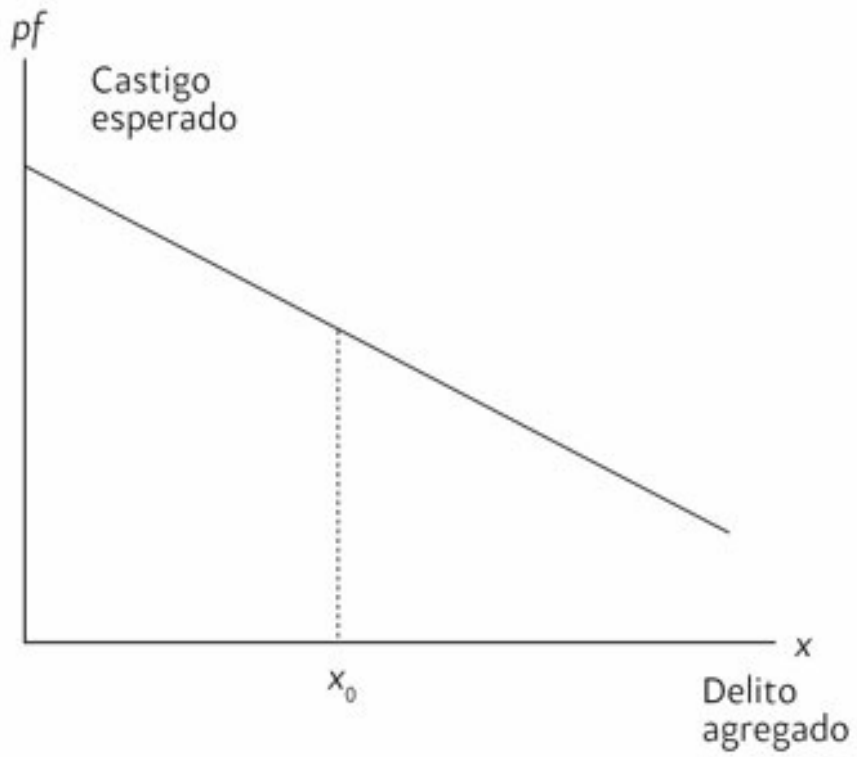
Sumando el número de los delitos de cierto tipo cometidos por cada delincuente obtenemos el número agregado de delitos cometidos en la sociedad, denotado por X, donde $X = \Sigma x$. El delito agregado responde al castigo justo como responden los individuos subyacentes. Un incremento en la probabilidad marginal o en la gravedad del castigo provoca una disminución en el número agregado de delitos. Por tanto, la gráfica XII.5 representa el delito agregado como una función decreciente del castigo esperado.

Cuando el precio aumenta la curva de la demanda de bienes tiene una pendiente negativa porque algunas personas compran menos del bien y otras

dejan de comprarlo. De igual modo, en la gráfica XII.5, cuando el castigo esperado aumenta la curva del delito tiene una pendiente negativa porque algunos delincuentes cometen menos delitos y otros dejan de hacerlo. La proposición de que la curva de la demanda de un bien es negativa lleva el augusto título de "La primera ley de la demanda". De igual modo, llamamos "primera ley de la disuasión" a la proposición de que los individuos cometen menos delitos cuando aumenta el castigo esperado.

Quizás usted piense que la primera ley de la disuasión es falsa porque los individuos cometen delitos de una manera pasional, irracional o ignorante. En experimentos de laboratorio, incluso las ratas obedecen a la primera ley de la disuasión, y los individuos, incluso los peores, son mucho más racionales que las ratas. Los economistas tienen mucha confianza en la primera ley de la disuasión, al igual que tienen mucha confianza en la primera ley de la demanda.

GRÁFICA XII.5. *El delito agregado*



La pregunta interesante para los economistas no es si las personas cometen menos delitos cuando aumenta el castigo esperado. Más bien, la pregunta interesante es: "¿En qué medida responden las tasas delictivas a los aumentos del castigo esperado?" En otras palabras, la pregunta interesante se refiere a la elasticidad de la oferta de delitos. (Véase la discusión sobre la elasticidad del precio en el capítulo II.) Cuando la oferta de delitos es elástica, los encargados de elaborar las políticas públicas pueden reducir significativamente el delito

mediante aumentos moderados del castigo esperado. Pero cuando la oferta de delitos es inelástica, las variables incluidas en el modelo económico del delito racional son menos importantes que otras variables, como las tasas de empleo, la configuración de la familia, la adicción a las drogas, la calidad de la educación, etcétera.

Hemos explicado cómo el delincuente racional amoral responde a los cambios ocurridos en algunas variables, como la probabilidad del castigo, la severidad del castigo y las oportunidades de cometer delitos. Nuestro modelo del delito racional simplifica la realidad en diversas formas para poder razonar detenidamente sobre las causas y los efectos. La investigación empírica requiere de un análisis más complejo. El delito tiene múltiples causas, de modo que la investigación empírica de los delitos debe recurrir al análisis de regresión de múltiples variables. Aquí no podemos desarrollar modelos más complejos, pero analizaremos brevemente algunos de nuestros supuestos simplificadores.

Suponemos un delincuente informado, que conoce los costos, los beneficios y las probabilidades asociados a los delitos; suponemos un delincuente neutral al riesgo, y suponemos que todos los costos y los beneficios de los delincuentes son monetarios. La mayoría de los delincuentes están imperfectamente informados acerca de los beneficios del delito y acerca de las probabilidades y las magnitudes del castigo. Es poco probable que los delincuentes sean neutrales al riesgo. La mayoría de las personas sienten aversión por el riesgo, aunque a los delincuentes puede que les guste de manera extraordinaria. (Más adelante analizaremos más extensamente el riesgo.) Muchos delitos tienen castigos y remuneraciones no monetarios, como la reprobación de la sociedad en general y el prestigio dentro de la sociedad de delincuentes. Estas observaciones indican algunas correcciones que hay que hacer al modelo simple para la investigación empírica.

D. *Comportamiento delictivo e intención criminal*

Por lo general, los economistas describen al modelo económico de la toma de decisiones como una explicación del comportamiento, no como una explicación de los procesos subjetivos de razonamiento. Por lo tanto, se dice que los consumidores actúan como si estuviesen calculando utilidades marginales. De igual modo, se dice que los delincuentes actúan como si estuviesen comparando los beneficios marginales del delito con los castigos esperados. Sin embargo, la comisión de la mayoría de los delitos requiere la intención criminal. Para cometer delitos, no basta que los individuos actúen como si tuviesen una intención criminal. Deben tenerla efectivamente. Por lo tanto, el derecho penal se ocupa de las razones, no sólo del comportamiento.

A pesar de que se concentra en el comportamiento antes que en las razones, el modelo económico de la elección racional sigue siendo útil como una explicación de la mente delictiva. La intención criminal se distingue a menudo de acuerdo

con el nivel de la deliberación. Por ejemplo, un delito puede cometerse espontáneamente en el sentido de que el delincuente no formuló ningún plan por adelantado. Los delincuentes espontáneos no buscan oportunidades para cometer delitos, pero cuando se presentan las oportunidades, las utilizan. En el extremo opuesto, los delitos pueden ser cuidadosamente planeados por adelantado, ponderándose todas las posibilidades. Por lo tanto, un delito premeditado revela un grado de deliberación mayor que un delito espontáneo.

El modelo económico puede entenderse como una explicación de la deliberación de una persona racional amoral, cuando decide por adelantado si le convendrá cometer un delito. En el caso de los delitos premeditados, el modelo económico puede corresponder al proceso de razonamiento efectivo del delincuente. En el caso de los delitos espontáneos, donde no hay deliberación, el modelo económico puede entenderse todavía como una explicación del comportamiento del delincuente, no de su razonamiento. En el caso de los delitos espontáneos, es posible que los delincuentes no razonen efectivamente como en el modelo económico, pero pueden actuar como si lo hubiesen hecho. Al decir que los delincuentes actúan "como si hubiesen deliberado", queremos decir que, cuando se les presenta la oportunidad de cometer delitos, los delincuentes responden de inmediato ante los beneficios y los riesgos como si los hubiesen ponderado. Si responden en esta forma, su comportamiento podrá explicarse por el modelo económico, aunque sus procesos de razonamiento sean sólo un fragmento de tal modelo.

Gran parte del derecho penal se concentra en los juicios penales, los que se refieren a acusados individuales y su presunta intención para cometer delitos particulares. Sin embargo, enfocarse en los individuos que cometen delitos particulares no es la única perspectiva del derecho penal. Los legisladores y los funcionarios del sistema de justicia penal deben establecer las políticas generales para los delitos. Por ejemplo, la policía debe decidir a dónde enviar patrullas en una ciudad, y los fiscales deben decidir cuáles delitos habrán de perseguir. Tales políticas generales deben formularse teniendo en mente los efectos agregados, tales como los costos sociales del delito.

Hemos afirmado que el modelo económico de la elección describe la deliberación de los delincuentes racionales cuando sus delitos son premeditados, y también hemos afirmado que los delincuentes racionales actúan como si se guiaran por el modelo económico cuando cometen delitos espontáneos. Si estas afirmaciones son ciertas, las investigaciones empíricas deberían demostrar que las tasas delictivas responden a las consideraciones identificadas en nuestro modelo; específicamente, que las tasas delictivas responden del modo predicho de los castigos y las ganancias. Ésta es una cuestión empírica que debe ser respondida por los hechos, no por la lógica. Afortunadamente, hay pruebas abundantes sobre este asunto, y en el capítulo siguiente presentaremos un resumen de la literatura existente sobre la disuasión. Ahora nos concentraremos

en el delito que no es racional.

PREGUNTA XII.13

¿Por qué debería la ley castigar a una persona con mayor severidad por cometer el mismo delito deliberadamente que cuando lo comete de modo espontáneo?

PREGUNTA XII.14

Algunos experimentos de laboratorio demuestran que las ratas responden en una forma económicamente racional al castigo, pero las ratas no pueden cometer delitos legalmente. ¿Por qué no?

E. *Racionalidad disminuida: fiebre de sábado por la noche*[8]

La teoría económica de la conducta empieza con la superracionalidad, pero no tiene que terminar allí. Muchos delitos e ilícitos culposos ocurren en condiciones de una racionalidad disminuida, algo que los economistas han comenzado a modelar. Por ejemplo, muchos delitos derivan de *lapsus*, que son aberraciones temporales de la conducta, mismas que discutimos en el capítulo VII. Por ejemplo, los jóvenes a menudo cometen delitos cuando pierden temporalmente el control de sus emociones y actúan de manera impulsiva. Llamamos a esta conducta "fiebre de sábado por la noche". La prueba de que la fiebre de sábado por la noche hizo que un joven cometiera un delito es que despierta el domingo por la mañana y se dice: "¡No puedo creer lo que hice anoche!"

En esta sección elaboraremos un modelo económico para este tipo de *lapsus*. La prudencia implica darle un peso razonable a los sucesos futuros, mientras que la imprudencia implica darle un peso irrazonablemente pequeño a los sucesos futuros. La imprudencia ocasional es una especie de *lapsus* en el que el actor descuenta temporalmente las consecuencias futuras de su comportamiento a un nivel mucho mayor que el que tendría por lo general. Cuando el acto en cuestión es ilegal, una alta tasa de descuento impide que el actor otorgue tanto peso al castigo futuro como lo haría por lo común.

Para formalizar esta idea, imaginemos que una persona extrae su tasa de descuento de los costos y las ganancias futuros de una distribución probabilística. La mayor parte del tiempo, la persona extrae una tasa de descuento moderada del centro de la distribución, de modo que actúa prudentemente y no comete delitos. Sin embargo, de vez en cuando extrae una tasa de descuento muy elevada de la cola de la distribución. En esta situación, la persona puede tener un *lapsus* y cometer un delito.

A fin de expresar este argumento en notación, supongamos que la fechoría genera un beneficio inmediato en el momento 1, denotado por b_1, arriesga un castigo futuro en el momento 2, denotado por c_2 por el costo. Sea que r denote la tasa a la que el actor descuenta los costos del futuro y la incertidumbre.[9] Por lo tanto, un actor cuya tasa de descuento exceda a r^* comete el ilícito, y un actor

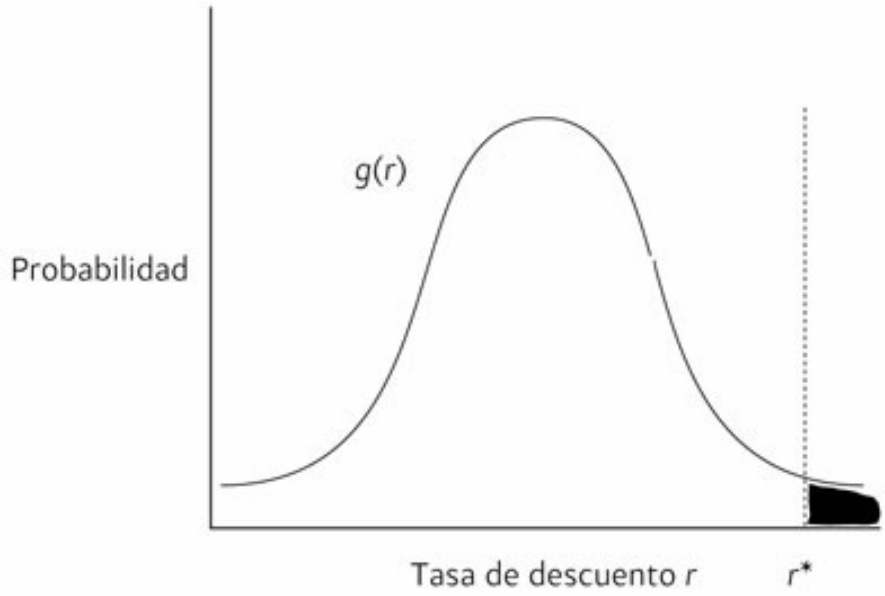
cuya tasa de descuento sea menor que r^* no lo hace.

A medida que cambian los estados de ánimo, una persona podría descontar el futuro a tasas diferentes. El eje horizontal de la gráfica XII.6 representa los valores posibles de la tasa de descuento, r, dependiendo del estado de ánimo del actor. El eje vertical representa la distribución probabilística $g(r)$ que el actor tendrá con diferentes valores de r en cualquier momento dado. Si el valor efectivo de r extraído de la distribución $g(r)$ es igual o mayor que r^* , el actor cometerá el delito. La pequeña área sombreada en la cola derecha de la distribución representa la probabilidad de que el actor cometa el delito. De manera alternativa, si el valor efectivo extraído de la distribución $g(r)$ es menor que r^* , el actor no cometerá el delito. El área no sombreada de la distribución representa la probabilidad de que el actor no cometa el delito.

$$b_1 - \frac{c_2}{r} < 0 \Rightarrow \text{no comete el delito}.$$

$$r^* - \frac{c_2}{b_1}.$$

GRÁFICA XII.6. *Punto de inflexión para los* lapsus



El estado de ánimo, que determina la tasa de descuento de la incertidumbre y el futuro por parte del actor, obedece a una química misteriosa. En efecto, la gráfica XII.6 supone que el estado de ánimo es impredecible en cualquier momento dado, pero se distribuye de manera predecible a lo largo del tiempo. Con una probabilidad baja, el actor extrae un valor de r mayor que r^* y comete el delito. Con una probabilidad alta, el actor extrae un valor de r menor que r^* y no comete el delito. Estas características de la distribución corresponden a la

proposición de que el crimen es algo inusitado.

Un aumento de la variabilidad de los estados de ánimo incrementa la probabilidad de que el actor cometa una fechoría. En términos de la gráfica XII.6, extender la distribución mediante el desplazamiento de la densidad hacia las colas aumenta el área a la derecha de r^*. Una densidad mayor de la probabilidad hacia la derecha de r^* implica un aumento de la probabilidad de hacer fechorías.[10] Por ejemplo, el hecho de tener emociones volátiles, que corresponde a una alta varianza en la distribución $g(r)$, hace que los jóvenes cometan un número desproporcionado de delitos. En cambio, una disminución de la variabilidad de los estados de ánimo reduce la probabilidad de hacer fechorías. La madurez estabiliza las emociones, lo que reduce la varianza en la tasa de descuento y ocasiona que las personas adultas cometan menos delitos.

¿El aumento del castigo, c, hará que disminuyan los delitos? Siempre que el actor extraiga una tasa de descuento cercana al valor de inflexión r^* , un cambio pequeño en el castigo c puede inclinar el castigo en una dirección o en la otra. Por ejemplo, un pequeño aumento del castigo hace que el actor decida no cometer el ilícito, mientras que una pequeña disminución del castigo hace que el actor decida sí cometer el ilícito. Por lo tanto, el castigo disuade.

Sin embargo, explicamos antes que el problema para los economistas consiste en saber cuánto disuade el castigo. La probabilidad de que el actor extraiga una tasa de descuento cercana a r^* es baja, mientras que la probabilidad de que el actor extraiga una tasa de descuento mucho menor o mayor que r^* es alta. Cuando r no está cerca de r^* , un cambio pequeño del castigo no puede inclinar la decisión en una dirección o en la otra.

En la medida en que los *lapsus* imprudentes causen delitos, un castigo más severo no es un disuasivo muy eficaz. La severidad es ineficaz porque la causa del delito es el descuento irrazonable del castigo futuro. En estas circunstancias, el aumento de la severidad del castigo se descuenta demasiado para tener un efecto grande sobre el comportamiento. En cambio, el aumento de la certidumbre y la inmediatez del castigo podrían ser más eficaces para la disuasión del delito. Por ejemplo, si los adolescentes que se encuentran en el patio de la escuela a veces realizan actos violentos entre ellos, la presencia de un encargado de la disciplina que imponga un castigo seguro y rápido podría impedir la violencia con mayor eficacia que el aumento de la severidad del castigo futuro.

Los estados de ánimo son más variables entre los jóvenes que entre los adultos. En términos de la gráfica XII.6, el aumento de la edad disminuye la varianza en $g(r)$. La disuasión del delito entre los jóvenes podría requerir el castigo seguro y rápido, mientras que el castigo severo que es incierto y remoto puede disuadir muchas clases de delitos entre los adultos, tales como el abuso de confianza. En general, el Estado debe castigar de manera diferente el delito de los jóvenes causado por los *lapsus* y el delito de los adultos causado por la deliberación. La certeza del castigo es relativamente importante para los jóvenes

impulsivos, y la severidad del mismo es relativamente importante para los adultos deliberativos.

Un estudio empírico reciente confirma que los delincuentes jóvenes no son disuadidos por castigos severos más que por castigos certeros. La severidad de los castigos prescrita por la ley aumenta para varios delitos cuando el adolescente cumple 18 años y se convierte en un adulto legal. Si la severidad disuade, entonces la gente debería cometer más delitos a medida que se acerca más a su decimoctavo cumpleaños, y deberían cometer menos delitos una vez que los cumplen. Contrario a esta predicción, el análisis económico de los datos sobre los arrestos en Florida no muestra una disminución en la probabilidad de cometer un delito cuando un individuo cumple 18 años. Los jóvenes que se convierten en adultos legales no son disuadidos por el aumento discontinuo en los castigos que enfrentan. Aunque las sentencias más largas no disuaden, los castigos más certeros podrían conseguirlo, lo que sugiere que redirigir el dinero de las prisiones hacia la policía podría reducir significativamente el delito juvenil.[11]

Además del castigo, este modelo predice que las políticas sociales pueden disminuir el delito reduciendo la variabilidad de los estados de ánimo. Por ejemplo, los estimulantes o los depresores químicos, tales como el alcohol y las drogas, aumentan la variabilidad de los estados de ánimo. Las políticas sociales que reducen el uso episódico de alcohol y drogas disminuirán los delitos. Las pruebas y la asesoría psicológicas, así como el uso de nuevas familias de medicamentos, pueden ayudar a los adolescentes a estabilizar sus estados de ánimo. Un ritmo de vida regular, como el mantenimiento de un empleo estable, supuestamente disminuye la variabilidad de los estados de ánimo en la mayoría de la gente.

Hemos explicado que las emociones provocan que los actores descuenten el futuro injustificadamente de vez en cuando. Además, la investigación sugiere que algunas personas —especialmente los jóvenes— descuentan el futuro sistemáticamente sin justificación. El descubrimiento empírico más importante es que las personas son más congruentes al elegir entre dos opciones futuras que entre una elección presente y una futura. Por ejemplo, supongamos que un niño debe elegir entre la promesa de recibir un dulce el sábado o dos dulces el domingo. Él prefiere los dos dulces cuando elige en lunes, un martes, miércoles, jueves o viernes. Sin embargo, al llegar el sábado, el niño puede cambiar de opinión y escoger recibir el dulce de manera inmediata en vez de recibir dos dulces al día siguiente. Adviértase que la preferencia del niño por cambiar una elección futura por otra choca con su preferencia por cambiar una opción futura por una presente.[12] La elección del niño entre una opción presente y una futura parece irracional comparada con su elección entre dos opciones futuras. Cuando los individuos descuentan el futuro irracionalmente de esta forma, la ganancia inmediata por cometer un delito les es más atractiva que la amenaza de un castigo futuro. Aumentar la severidad de la sanción futura tiene un efecto menor

sobre su comportamiento debido a que el futuro tiene un efecto menor sobre el mismo.

El descuento irracional del futuro, ya sea sistemático o probabilístico, es una forma de racionalidad disminuida que afecta a muchas personas. Una persona se vuelve demente cuando la racionalidad disminuye demasiado. Una persona demente es legalmente incapaz de cometer un delito. La defensa de la demencia en contra de una acusación penal en los Estados Unidos sigue básicamente la regla M'Naughten del siglo XIX: un actor está demente cuando no distingue el mal del bien. Un delincuente comprende la diferencia y toma la decisión incorrecta, mientras que una persona demente no puede escoger apropiadamente porque no conoce la diferencia. Mientras que a una persona demente no se le puede castigar legalmente, sí puede confinarse hasta que su demencia deje de ser una amenaza para los demás.

Supuestamente, el grupo de personas que no distinguen el mal del bien no es idéntico al grupo de personas que no pueden disuadirse. Presumiblemente, la amenaza del confinamiento disuade a las personas legalmente dementes de hacer daño a otros. Quizás, algún día, los psicólogos y los economistas mejoren nuestra capacidad para distinguir entre el demente y el que no puede disuadirse. Podrían idearse políticas especiales para disuadir a estos últimos, así como recomendamos políticas especiales para los delincuentes jóvenes, que enfaticen la certeza y no la severidad del castigo.

F. *Meta económica del derecho penal*

El delito impone diversos costos a la sociedad, los que reduciremos a dos clases básicas. Primero, los delincuentes ganan algo y las víctimas sufren un daño en sus personas o sus propiedades. El daño social resultante, de acuerdo con la concepción tradicional entre los economistas, es igual a la pérdida neta de valor. Para ilustrar con el ejemplo 3, al principio de este capítulo, si un ladrón rompe la ventana de un automóvil que cuesta $100 y se roba un radio que vale $75, el delincuente ganará $75 y la víctima perderá $175, lo que dará una pérdida social neta de $100. La pérdida neta es igual al valor destruido, no al valor redistribuido. Segundo, el Estado y las víctimas potenciales del delito gastan recursos para protegerse contra él. Por ejemplo, los casatenienes instalan rejas en sus ventanas y el gobierno municipal emplea policías para que vigilen las calles.

Hemos descrito dos clases básicas de los costos sociales: el daño neto causado por el delito y los recursos gastados en su prevención. La cantidad óptima del delito, o la disuasión eficiente, equilibra estos costos. Proponemos la siguiente meta simple para el análisis del derecho penal: *el derecho penal debe minimizar el costo social del delito, el que es igual a la suma del daño que causa y el costo de su prevención*.

Estas dos clases básicas de los costos sociales bastan a menudo para los propósitos del análisis. Cuando el análisis requiere mayor complejidad, podemos refinar y expandir los tipos de los costos sociales. Para ilustrar, las actividades delictivas desvían los esfuerzos de los delincuentes, de las actividades legales a las ilegales, lo que impone un costo de oportunidad. Por ejemplo, un contador que se dedique a desviar los fondos que se le confían tendrá menos tiempo para ocuparse de su actividad contable legítima. Además, mientras esté en prisión, un contador no podrá auditar los libros de sus clientes. El costo de oportunidad del delito entre los contadores puede ser suficientemente grande para afectar a la disuasión óptima del abuso de confianza. De tiempo en tiempo, expandiremos la definición de los costos sociales para incluir pérdidas tales como el costo de oportunidad del delincuente, según lo requiera nuestro análisis.

Otra complicación se refiere al beneficio del delito tal como lo percibe el delincuente. De acuerdo con la concepción tradicional entre los economistas, como antes vimos, el beneficio del delincuente contrarresta en parte el costo de la víctima. Sin embargo, los moralistas podrían decir que la ganancia ilícita del delincuente no debería contar como un beneficio social. Por lo general los individuos llegan a conclusiones diferentes en casos diferentes. Por ejemplo, la mayoría de las personas conviene en que el beneficio disfrutado por un individuo que roba alimentos de una cabaña desocupada para salvar su vida cuando está perdido en el bosque debería contar como una ganancia social, y la mayoría de las personas conviene en que el placer disfrutado por un violador (si existe tal placer) no debería contar como una ganancia social conmensurable con el dolor de la víctima.

Por desgracia, muchos casos importantes que enfrentan los encargados de elaborar las políticas no provocan un consenso, ni siquiera entre los economistas, acerca del valor social de la ganancia del delincuente. Por ejemplo, algunas regulaciones gubernamentales de la industria promueven la eficiencia corrigiendo las fallas del mercado, como ocurre con las prohibiciones contra la descarga de productos químicos tóxicos en los ríos, mientras que otras regulaciones benefician a grupos políticamente favorecidos al convertir la competencia en un delito, como ocurre con las restricciones impuestas a la producción agrícola. Un ejemplo dramático del desacuerdo acerca de las regulaciones se refiere al financiero más creativo y exitoso de los Estados Unidos durante la década de 1970, Michael Milken, quien utilizó bonos de alto riesgo ("bonos chatarra") para financiar las compras apalancadas y las capturas hostiles de corporaciones. Milken fue sentenciado a prisión por violar ciertas regulaciones técnicas de las leyes de valores. Algunos economistas creen que Milken hizo más que cualquier otra persona para ayudar a modernizar la industria estadunidense, mientras que otros economistas creen que minó el mercado de valores al cometer algunos fraudes.

Cuando los encargados de elaborar las políticas difieren acerca de los

beneficios sociales del delito, una buena estrategia para los economistas consiste en aclarar las cuestiones sin resolver necesariamente la disputa. De igual modo, evitaremos aquí las argumentaciones cuyas conclusiones requieran que se tome partido en tales debates.

PREGUNTA XII.15

¿Cómo se puede medir el costo social del daño causado por el homicidio? (Recuérdese nuestro análisis en el capítulo VII sobre cómo asignar valor a una vida perdida en un accidente.)

PREGUNTA XII.16

Compare las metas económicas simples del derecho penal y el derecho de los ilícitos culposos.

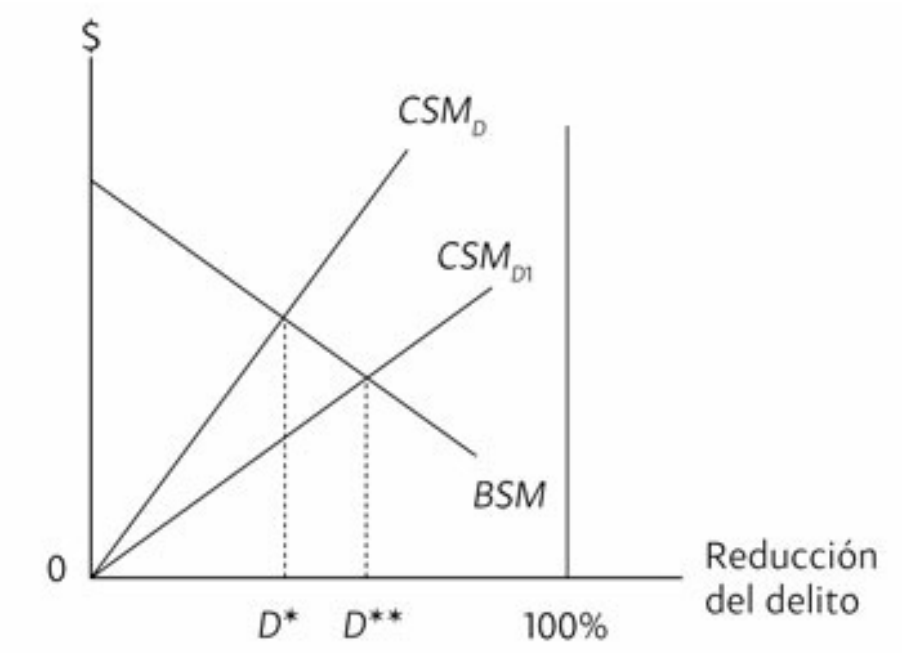
G. *Cantidad óptima de la disuasión del delito y del castigo eficiente*

La gráfica XII.7 describe cómo se logra el equilibrio entre el costo neto del daño causado por el delito y el costo de su prevención. En esa gráfica, el eje horizontal mide las reducciones de la cantidad de actividad delictiva, variando desde la reducción nula en el origen hasta una ausencia completa de delitos en la cantidad de 100%. Las cantidades de dólares se miden en el eje vertical. La curva CSM_D representa los costos sociales marginales del logro de un nivel dado de reducción del delito. CSM_D tiene pendiente positiva porque los funcionarios emprenden la disuasión fácil antes de recurrir a la disuasión más dura. En consecuencia, el logro de reducciones adicionales del delito se vuelve cada vez más costoso. Por ejemplo, la reducción del delito en 1% adicional es más fácil cuando el delito se ha reducido ya 5% que cuando el delito se ha reducido ya 95%.

La curva denominada *BSM* mide el beneficio social marginal del logro de diversos niveles de reducción o disuasión del delito. *BSM* tiene pendiente negativa porque el beneficio para la sociedad de una reducción pequeña de delitos disminuye a medida que declina la cantidad total de delitos. Por ejemplo, la reducción de, digamos, 5 a 7% beneficia a la sociedad más que la disminución de 95 a 97 por ciento.

Ocurre la disuasión socialmente óptima en el punto donde el costo social marginal de la reducción adicional del delito es igual al beneficio social marginal. En la gráfica XII.7, ocurre el óptimo social al nivel de disuasión marcado D^* . Adviértase que, para cualquier nivel de reducción del delito menor que D^* , el beneficio social marginal de una reducción adicional supera el costo social marginal, de modo que la sociedad debería reducir el delito más aún. De igual modo, para cualquier nivel de reducción del delito mayor que D^* , los costos sociales marginales de una reducción adicional superan al beneficio social marginal, de modo que la sociedad debería permitir que más delitos se quedaran sin disuasión.

GRÁFICA XII.7. *El nivel eficiente de la disuasión*



Adviértase que los cambios en CSM_D y BSM pueden cambiar el nivel óptimo de la disuasión. Por ejemplo, supongamos que baja el costo de oportunidad de los recursos destinados a la disuasión del delito, mientras que permanece constante el beneficio social marginal de la disuasión; CSM_D bajaría a CSM_{D1}, y el nivel óptimo de la disuasión aumentaría a D^{**} .

Mientras la disuasión sea costosa, la cantidad óptima del delito será positiva. La disuasión costosa impide que una sociedad racional elimine por completo el delito. Si aumentan los costos de la disuasión, aumentará la cantidad óptima del delito. Pero si aumenta el daño neto del delito, la cantidad óptima del delito disminuirá.

En el capítulo siguiente describiremos los esfuerzos que se hacen para determinar si la disuasión marginal cuesta más o menos que el ahorro resultante en el costo del delito en los Estados Unidos; en otras palabras, estos estudios tratan de determinar si el valor de D para los Estados Unidos se encuentra por encima, por debajo o al mismo nivel del valor óptimo de D^* .

Adviértase que esta representación matemática simplifica el cálculo de la disuasión óptima en varias formas. Una simplificación importante es el hecho de que no hemos modelado una lista óptima de castigos para delitos relacionados. Antes que operar aisladamente, los castigos penales forman parte de una lista integrada, lo que influye sobre sus valores óptimos. El uso de disuasivos poderosos en delitos menos graves impide a menudo su utilización en delitos más graves.

Por ejemplo, supongamos que la cadena perpetua es el castigo máximo disponible en una sociedad, y que la ley la prescribe para el abuso de confianza.

Supongamos también que un policía corre detrás de un abusador que tiene una pistola. Si el policía lo aprehende, el delincuente irá a prisión de por vida como lo requiere la dura ley. Por lo tanto, el abusador podría tratar de dispararle al policía. Si logra matar al policía, escapará. Si falla, no habrá ningún castigo adicional porque el castigo para el abuso de confianza ya es el máximo. En este ejemplo, las penas duras para delitos menores minan la disuasión de los delitos graves. Por desgracia, para tomar en cuenta tales hechos cuando se calibran los castigos se requieren matemáticas que escapan al alcance este libro.

Cuando son eficientes, las penas duras pueden violar los derechos morales y constitucionales de los delincuentes. Por ejemplo, consideremos una ley que imponga la pena de muerte para el abuso de confianza en el caso de la caja chica. Esta ley crearía una gran disparidad entre la severidad del castigo y la gravedad del delito. La mayoría de las personas consideraría inmoral esta ley, y es probable que los jueces estadunidenses la declarasen inmoral. Tales consideraciones no económicas pueden funcionar como restricciones del cálculo de los disuasivos óptimos.

PREGUNTA XII.17

Supongamos que la adquisición de computadoras por la policía incrementa la eficiencia de la fuerza policiaca. ¿Cómo cambiaría la gráfica XII.7?

PREGUNTA XII.18

Supongamos que la adquisición de computadoras por los delincuentes incrementa su elusividad. ¿Cómo cambiaría la gráfica XII.7?

H. *Matemáticas de los instrumentos óptimos de disuasión*

Habiendo mostrado cómo se determina la cantidad óptima de la disuasión, pasemos enseguida a un análisis de los instrumentos óptimos para la disuasión del delito. Deben tomarse muchas decisiones de asignación, tales como la elección entre las patrullas ambulantes y las patrullas en automóvil de la policía, la elección entre más policías y más fiscales, y la elección entre mayor utilización de las multas y mayor utilización de las cárceles. Examinaremos varias de estas elecciones para destacar algunos principios básicos.

Primero consideremos una elección entre la asignación de recursos para volver el castigo más seguro o más severo. Por ejemplo, la asignación de más recursos a la policía vuelve más seguro el castigo (en cuanto a que hace que la disuasión, la detección y la condena sean más probables), y la asignación de más recursos a las prisiones permite la imposición de sentencias más largas y severas. Recordemos que el castigo esperado es igual a la probabilidad del castigo multiplicada por su monto. Por ejemplo, las cuatro filas del cuadro XII.1 representan combinaciones de un castigo m, que podría ser una multa denominada en dólares, y una probabilidad p, que generan un castigo esperado $p \times m = 10$.

Cuando se multiplica la probabilidad del castigo por su severidad, el resultado es el castigo esperado. Para mantener el análisis simple, supongamos que la cantidad del delito es constante cuando el castigo esperado es constante. Por hipótesis, las cuatro combinaciones de multas y probabilidades en el siguiente cuadro generan la misma cantidad de delito. En consecuencia, la combinación socialmente eficiente es aquella que cueste menos. La que cuesta menos es así seguramente la multa de $100 aplicada con una probabilidad de 0.10. La razón es que una probabilidad mayor requiere más gastos en policía y fiscales, mientras que la recaudación de una multa grande no cuesta mucho más que la de una multa pequeña. En efecto, la administración de las multas es tan barata que rinden una ganancia para el Estado, por lo menos mientras la multa no sea demasiado grande en relación con el ingreso del delincuente. Dado que el logro de la certeza del castigo es costoso para el Estado en relación con la severidad del castigo mediante una multa, las multas grandes con baja probabilidad por lo general son más eficientes que las multas bajas con alta probabilidad.

CUADRO XII.1. *Castigo esperado para los delitos*

m *(castigo)*	p *(probabilidad)*	p × m *(castigo esperado)*
10	1.00	10
20	0.50	10
40	0.25	10
100	0.10	10

¿Un seguro para los delincuentes?

Explicamos antes que el Estado debe disuadir los delitos mediante multas antes que mediante penas de prisión, siempre que ello sea posible. La incapacidad del delincuente para pagar una multa limita su utilización. La bancarrota del delincuente obliga al sistema judicial a recurrir a la prisión. El seguro puede superar la restricción de la bancarrota. Por ejemplo, una póliza de seguro de $100 000 en contra de las multas penales permitirá que una persona cuya riqueza sólo llega a $10 000 pague una multa de $50 000.

Pareciera entonces que el Estado estimularía el seguro contra las multas penales. En efecto, la ley estadunidense y de otros países por lo general prohíbe que se adquieran pólizas de seguros para cubrir multas penales. Aparentemente, los funcionarios temen que el seguro haga que los delincuentes cometan más delitos porque el castigo recaerá sobre sus aseguradores. De acuerdo con este argumento, el seguro mina la disuasión. Pero si se permitiera el seguro contra multas penales, las compañías de seguros desearían monitorear a los asegurados para asegurarse de que no cometan delitos. Por lo tanto, la ejecución privada por las compañías de

seguros complementaría a la ejecución pública de la policía. La ejecución privada de las compañías aseguradoras podría ser eficaz en la disuasión del delito. Este cuerpo del derecho debe ser revisado.

Hasta ahora nuestro debate asumía que los delincuentes tienen la posibilidad de pagar multas. Muchos de ellos son demasiado pobres para pagar una multa proporcional a la gravedad de sus delitos. Estas circunstancias requieren castigarse con encarcelamiento. En la jerga económica decimos que el encarcelamiento permite que la sanción escape de la restricción de quiebra del delincuente. Sin embargo, la recolección de las multas es barata para el Estado, mientras que el encarcelamiento es muy costoso. Este hecho tiene una consecuencia importante para la combinación óptima de multas y sentencias de cárcel: meter a alguien a la cárcel rara vez tiene sentido, hasta que el Estado agote primero su capacidad para cobrar una multa al delincuente. Si el Estado viola esta regla y encarcela a alguien que puede pagar una multa, el Estado podría haber ahorrado dinero de los contribuyentes y mantener constante la disuasión mediante el aumento de la multa hasta el máximo y la reducción de la sentencia de cárcel por una cantidad compensatoria. La combinación óptima de multas y encarcelamiento incluye la multa máxima que el delincuente pueda pagar. Este hecho lleva a los encargados de elaborar las políticas a buscar procedimientos para aumentar la capacidad de los delincuentes para pagar multas. En el capítulo siguiente describiremos un sistema desarrollado en el norte de Europa, llamado la "multa por día", que trata de superar la restricción de la quiebra del delincuente que limita la capacidad de pagar una multa.

Nuestra discusión anterior explicaba que un descuento irracionalmente alto entre el presente y el futuro debilita la capacidad de la amenaza del castigo futuro para disuadir. Aplicamos este enfoque al encarcelamiento. Cuando el castigo en cuestión es el encarcelamiento, un castigo más severo sería un encarcelamiento más largo. Con un descuento irracionalmente alto, el sumar tiempo al final de una sentencia de cárcel tiene poco valor de disuasión.[13]

¿Estados Unidos tiene la combinación de policía y cárceles que minimizaría bruscamente la suma del daño causado por el delito y el costo de su prevención? En los Estado Unidos el costo de un policía adicional iguala, aproximadamente, al costo de encarcelar a un individuo por tres años. Si la contratación de un policía adicional y la reducción de las sentencias promedio de cárcel en tres años se traducen en menos delitos, entonces Estados Unidos podría reducir la cantidad de delitos sin ningún costo adicional para los contribuyentes al contratar más policías y reducir las sentencias de cárcel. Algunos estados como California han aumentado abruptamente la duración de sus sentencias de cárcel para los delincuentes recurrentes (la política de "tres *strikes*, estás ponchado"). El hecho de que los delincuentes jóvenes descuenten irracionalmente el futuro

sugiere que más policías y sentencias de cárcel menores reducirían el costo de los delitos violentos cometidos por los jóvenes en California.[14]

PREGUNTA XII.19

Explique con palabras cuándo requiere la eficiencia castigos severos con baja probabilidad, y cuándo requiere la eficiencia castigos moderados con alta probabilidad.

PREGUNTA XII.20

¿Cómo disminuye el pleno empleo el costo de la disuasión del delito?

I. *Disuasión privada*

Gran parte de la disuasión del delito está en manos privadas, no en las de los funcionarios públicos. El ejemplo 4 al inicio de este capítulo pregunta si Ivonne debería protegerse *1)* instalando rejas metálicas en las ventanas; *2)* instalando una ruidosa alarma contra ladrones, o *3)* comprando una pistola. Este ejemplo plantea el interrogante de si los ciudadanos tienen o no incentivos para invertir en forma óptima en la disuasión del delito. En general, la respuesta es negativa. Los ciudadanos se preocupan sobre todo de los costos y los beneficios privados, los que no concuerdan necesariamente con los costos y los beneficios públicos.

Por ejemplo, supongamos que Ivonne instala una cerradura de doble pestillo, de marca *X*, en la puerta delantera. La instalación de la cerradura tiene para ella un valor privado si impide el robo en su casa. Llamemos a este efecto la disuasión privada porque beneficia al inversionista privado en precaución. La instalación de la cerradura tiene un valor público para los vecinos de Ivonne si los ladrones tienden a evitar las vecindades donde algunas casas tienen cerraduras de pestillo doble de la marca *X*. Llamamos a este efecto la disuasión pública porque beneficia al público. La instalación de la cerradura tiene escaso valor social si impide el robo de la casa de Ivonne haciendo que el ladrón robe la casa de al lado. Llamamos a este efecto redistribución del delito. La redistribución del delito no tiene un beneficio social neto.

La inversión privada para la prevención del delito tiene por lo general estos tres efectos (y otros más que no nos interesan aquí). El Estado debe alentar las inversiones privadas que contribuyen a la disuasión pública, pero no necesariamente alentar las inversiones privadas que contribuyen a la disuasión privada o redistribuyen los delitos.

¿Cazadores de recompensas modernos?

La gente se queja del crecimiento del delito. ¿Ayudaría en algo privatizar la aplicación de la ley? Consideremos este plan de privatización: quien aprehenda a un delincuente recibirá la multa que el delincuente debe pagar

al Estado. En lugar de recurrir a la policía, la sociedad recurriría a los cazadores de recompensas para aprehender a los delincuentes cuyos delitos sean castigables con multas. A fin de mantener a los cazadores de recompensas bajo control, tendrían que otorgar una fianza y responder por todo daño que causaran a personas inocentes.

Este sistema tiene un defecto muy similar al de la pesca de acceso libre, que se traduce en una pesca excesiva en el mar. Si se entrega la multa completa a un cazador de recompensas privado, ello podría atraer a demasiados cazadores de recompensas. A fin de eliminar el defecto e impedir el exceso de ellos, el Estado podría retener una parte de la multa y pagar el resto al cazador de recompensas. Ajustando continuamente este "impuesto", el Estado podría inducir el esfuerzo de ejecución privada óptimo. Este sistema podría funcionar bien, por ejemplo, en la aprehensión de quienes violan las leyes del estacionamiento y de los vehículos de motor en general.

Una condición simple determina si el efecto redistributivo es pequeño o grande. Antes de cometer un delito, el delincuente puede observar algunas precauciones privadas. En el caso del robo, las precauciones observables *ex ante* incluyen la iluminación de los corredores exteriores, las rejas en las ventanas exteriores y las alarmas exteriores. Las precauciones observables *ex ante* tienden a redistribuir el delito. Los delincuentes no pueden observar otras precauciones privadas antes de empezar a cometer el delito. En el caso del robo, las precauciones observables *ex post* incluyen los cerrojos interiores, las alarmas interiores, las marcas de identificación en objetos valiosos y las pistolas en poder de los residentes. Las precauciones observables *ex post* promueven la disuasión pública al reducir la rentabilidad promedio del delito. Estos hechos nos llevan a una prescripción clara acerca de la inversión privada en la prevención del delito: el Estado debe alentar las precauciones observables *ex post*; el Estado no tiene que alentar las precauciones observables *ex ante*. (En el capítulo siguiente analizaremos el caso especial de las pistolas, incluida la consideración de si deben alentarse como una precaución observable *ex post*.)

PREGUNTA XII.21

Clasifique las siguientes precauciones contra el delito en observables *ex ante* e

inobservables *ex ante*, y explique su respuesta: guardias privados en las tiendas, alarmas en automóviles, sistemas telefónicos de emergencia (los números 911 en los Estados Unidos), cámaras ocultas y detectives vestidos de civil.

PREGUNTA XII.22

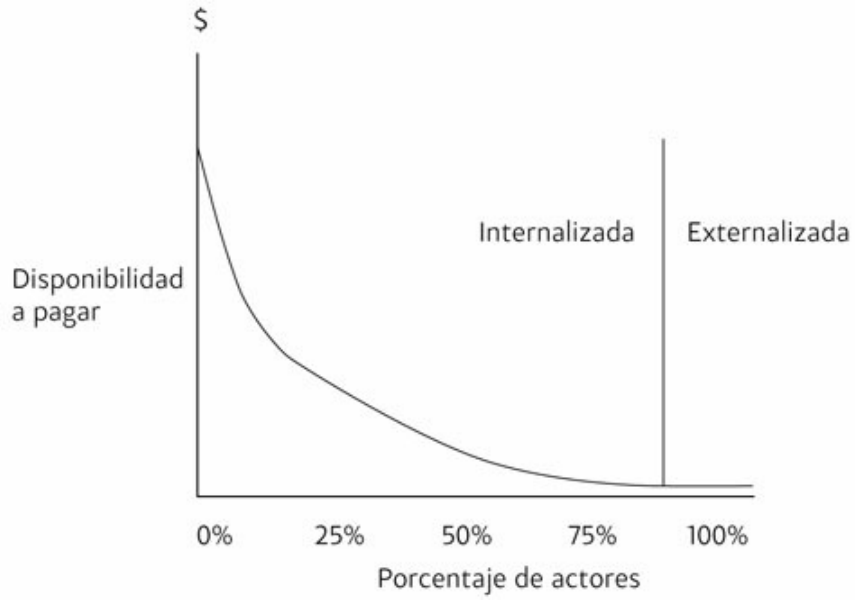
Supongamos que los ladrones creen correctamente que muchos de sus vecinos tienen pistolas. ¿Cómo podría aumentar este hecho su seguridad? ¿Cómo podría este hecho ponerlo en peligro?

J. *Delitos graves y personas buenas*

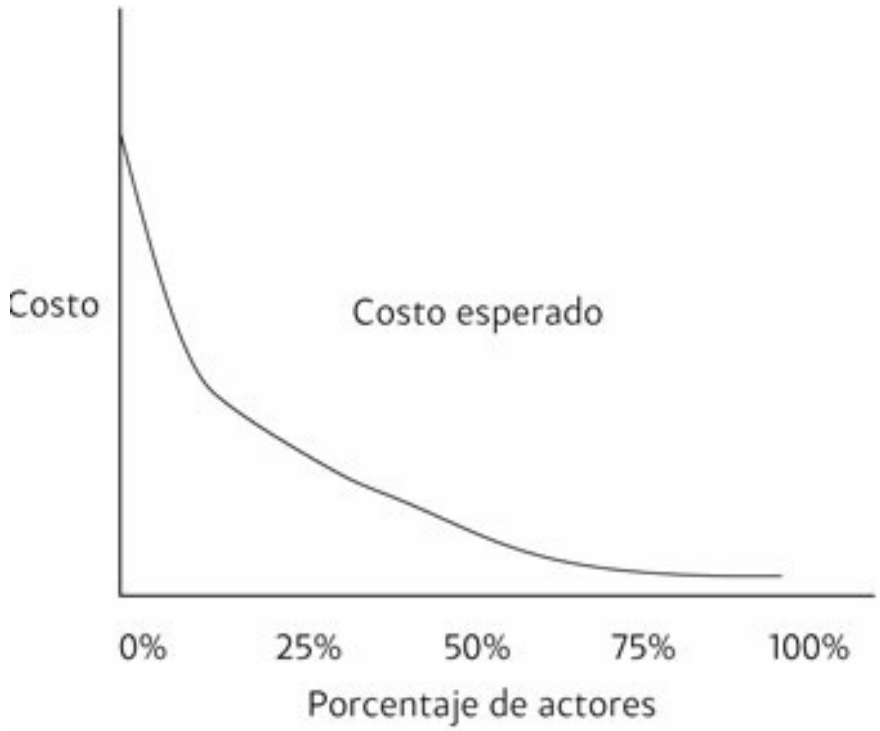
Mucho del pensamiento legal tiene que ver con disuadir a las personas malas de cometer delitos. Sin embargo, el éxito de la ley en la disuasión de las personas malas depende del apoyo de las personas buenas para ayudar a la policía y a otros funcionarios judiciales. Los actos cívicos, como ayudar a la policía a resolver un delito, conllevan a menudo un sacrificio personal de tiempo, esfuerzo, conveniencia o seguridad. A menos que las personas buenas hagan el sacrificio, la policía y otros oficiales se vuelven inefectivos y las tasas delictivas se disparan. La renuencia de los ciudadanos a apoyar a la policía perpetúa las altas tasas delictivas en algunos vecindarios y alienta las actividades de pandillerismo. El entendimiento de la prevención de delitos graves requiere un análisis del comportamiento de la gente buena.

El eje vertical de la gráfica XII.8 representa la suma de dinero que una persona estaría dispuesta a pagar para realizar su deber cívico. El sacrificio se mide por la suma de dinero que el ciudadano estaría dispuesto a pagar, que es el dinero equivalente de tiempo, esfuerzo, oportunidad, inconveniencia o riesgo. El eje horizontal representa la proporción de los ciudadanos que estarían dispuestos a pagar el precio. De acuerdo con la gráfica, cerca de 80% de los ciudadanos pagará algo para realizar su deber cívico y cerca de 20% no sacrificará nada.

GRÁFICA XII.8. *Disposición a pagar por hacer un acto cívico*



GRÁFICA XII.9. *Costo de hacer un acto cívico*

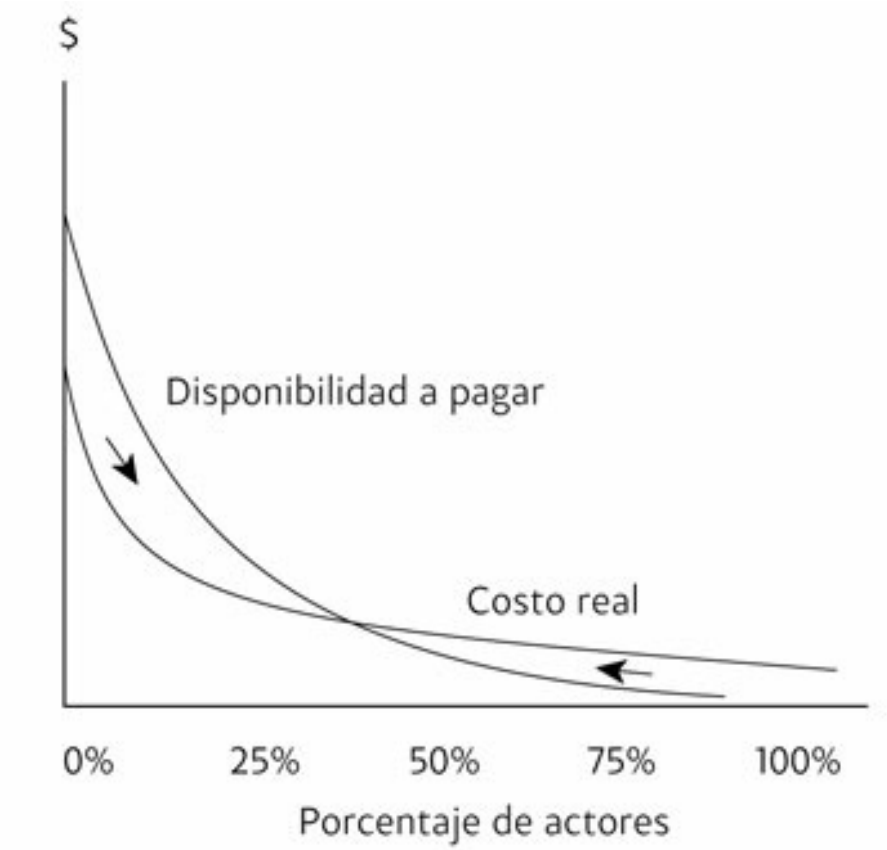


El sacrifico requerido para que cada persona realice su deber cívico disminuye a menudo con el número de personas que lo harían. La figura XII.9 representa el caso donde los costos disminuyen con el número de personas que obedecen la norma. La disminución tiene una explicación simple: las personas son notoriamente susceptibles a las presiones grupales, lo que se describe como conformidad, efectos de rebaño o solidaridad social. Con las presiones grupales, un aumento de la popularidad de un acto reduce su costo. Cuando la mayoría de los individuos ayuda a la policía, una persona que lo hace puede sentir que otros la apoyarán, por lo que corre menos riesgo de las represalias por parte de un delincuente. Cuando la mayoría de los empleados de una empresa denunciarán alguna fechoría de parte de sus jefes, tales como la malversación o la omisión de las leyes ambientales, cada empleado tiene menos temor a las represalias y más esperanza de un aumento por hacer tal denuncia. A medida que menos personas fuman en los aeropuertos, quienes no fuman pueden sentir que asumen un riesgo de confrontación menor cuando piden a los fumadores que obedezcan la regla que prohíbe fumar.

La gráfica XII.8 representa una curva de la demanda (disposición a pagar) de los actos cívicos, y la gráfica XII.9 representa una curva de la oferta (costo de la oferta). La gráfica XII.10 las combina. Las curvas de oferta y demanda se intersecan aproximadamente en 40%, lo que indica el nivel de equilibrio de los actos cívicos. Si el porcentaje efectivo es igual a 40%, los individuos estarán dispuestos a pagar exactamente el costo de realizar el deber cívico, de modo que

nadie cambia su comportamiento. Además, podemos ver que el equilibrio es estable. Si el porcentaje efectivo es menor a 40%, los individuos estarán dispuestos a pagar más de lo que cuesta realizar el acto cívico, de modo que la proporción de los actores aumenta a 40%. Si la proporción efectiva es mayor que 40%, los individuos están dispuestos a pagar menos de lo que cuesta realizar el acto cívico, de manera que el porcentaje de los actores se reduce a 40%.

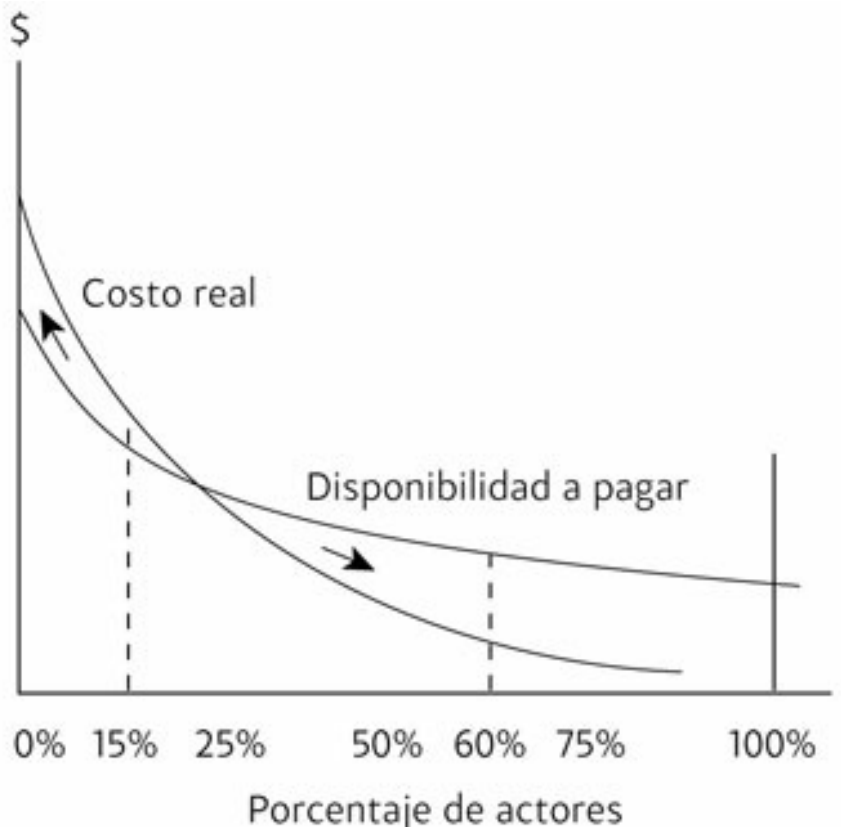
GRÁFICA XII.10. *Equilibrio interior estable*



En la gráfica XII.10 la curva de la disposición a pagar es equivalente a la curva de la demanda en la teoría del consumidor. Adviértase que la curva de la disposición a pagar tiene la pendiente descendente usual de las curvas de demanda. Sin embargo, la curva del costo de la gráfica XII.10, que es equivalente a la curva de la oferta, tiene también una pendiente descendente, que no es la forma habitual de una curva de oferta. Aun así, esta cuenta de actos cívicos sigue de cerca el análisis usual de la oferta y la demanda. Al aumentar aún más la pendiente de la oferta en la gráfica XII.10 el análisis cambia drásticamente. Ocurre un efecto interesante cuando la curva del costo tiene una pendiente descendente mayor que la de la curva de la disposición a pagar, tal como se describe en la gráfica XII.11. En lugar de tener un equilibrio estable en la intersección de las dos curvas, existen dos equilibrios estables en las esquinas de la gráfica. En una

esquina, el número de los actores que realizan actos cívicos es cero, y en la otra esquina ese número es 100. (Una nota al pie explicará por qué hay dos equilibrios.[15])

GRÁFICA XII.11. *Equilibrio en la esquina*



La sociedad caracterizada en la gráfica XII.11 podría terminar en una situación en la que muy pocos o muchos ciudadanos realizan actos cívicos. Estas dos posibilidades corresponden a un mundo donde muchas personas ayudan a reprimir los delitos o muy pocas personas lo hacen. Además de disuadir a los delincuentes, la ley puede ayudar a que los buenos ciudadanos avancen hacia un equilibrio donde muchas personas realicen actos cívicos y ocurran pocos delitos. En la jerga económica, el derecho penal "coordina" a los buenos ciudadanos de tal modo que la sociedad alcance un equilibrio con pocos delitos.

Este análisis ilustra una característica común de las normas sociales: los equilibrios múltiples. Con los equilibrios múltiples, las leyes estatales cumplen la importante función de coordinar el comportamiento de las personas buenas, no sólo disuadir las fechorías de las personas malas. Esta breve discusión introduce a los estudiantes a una emocionante área de investigación en economía y derecho: el estudio de las normas sociales.

NOTA WEB XII.2

Como veremos en el capítulo siguiente, hay algunas predicciones claras y comprobables de la teoría económica que acabamos de esbozar, y hay un cuerpo considerable de trabajo empírico que resumiremos allí. Usted sin duda estará consciente de que hay diversas teorías de la decisión de cometer un delito. Una de las más famosas y ampliamente sostenidas es la que podríamos llamar teoría "socioeconómica". En nuestro sitio web resumimos esa teoría y damos algunas referencias de la literatura correspondiente.

Conclusión

iniciamos este capítulo con un análisis de las características tradicionales de un delito. Luego revisamos la teoría del delito en términos de una teoría económica del comportamiento delictivo. Esa teoría sostiene que los delincuentes racionales comparan los beneficios del delito con el castigo esperado. Utilizamos esta teoría del comportamiento para elaborar una teoría económica del castigo óptimo, basada en la meta de la minimización de la suma del daño social causado por el delito y el costo de su disuasión. Mostramos cómo se determina el nivel óptimo de la disuasión y cómo se asignan en forma óptima los recursos de la sociedad entre métodos alternativos de disuasión del delito. En el capítulo siguiente mostraremos cómo se utilizan estos modelos en la formulación de las políticas dentro del área del derecho penal.

Lecturas recomendadas

Becker, Gary S., "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, p. 169.

Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968.

Katz, Leo, *Bad Acts and Guilty Minds: Conundrums of the Criminal Law*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1987.

Katz, Leo, Michael S. Moore y Stephen F. Morse (comps.), *Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.

Moore, Michael S., *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2010.

Posner, Richard A., "An Economic Theory of the Criminal Law", *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, p. 1193.

XIII. TEMAS EN LA ECONOMÍA DEL DELITO Y EL CASTIGO

> Tenemos ciertos estatutos por demás rígidos y ciertas leyes singularmente refrenantes, bocados y barbadas precisos para los corceles indisciplinados, que desde hace catorce años hemos dejado dormir [...] Ahora, como afectuosos padres, habiendo atado las ramitas amenazantes del abedul [...] No para usarlas, con el tiempo la vara más burlada se vuelve temible: y así nuestros decretos [...] han muerto para sí mismos; y la licencia tira de las narices a la justicia; el niño azota a la nodriza, y el decoro va de capa caída.
>
> WILLIAM SHAKESPEARE, *Medida por medida,*
> acto primero, escena 3

COMO en la cita anterior de Shakespeare, aparentemente los votantes estadunidenses piensan que las autoridades de la justicia penal han "dejado dormir" a los "bocados y barbadas precisos para los corceles indisciplinados". Ante el reclamo de los votantes por un tratamiento más severo para los delincuentes, los legisladores han respondido promulgando en años recientes "estatutos por demás rígidos y leyes singularmente refrenantes". ¿Cuál fue el resultado?

En este capítulo revisaremos la evidencia estadística del delito y el castigo, e intentaremos determinar si las personas responden a castigos más severos, como lo predice la teoría económica del delito que desarrollamos en el capítulo anterior. También resumiremos los escritos económicos sobre la pena de muerte, analizaremos la conexión entre el delito y la adicción a las drogas, y discutiremos la economía del control de las pistolas.

1. EL DELITO Y EL CASTIGO EN LOS ESTADOS UNIDOS

A. *Tasas del delito*

Las tendencias de la tasa del delito (la cantidad de delitos dividida por la población) en los Estados Unidos, durante las últimas décadas, son las siguientes:

1. A partir de un pico a mediados de la década de 1930, la tasa de la mayoría de los delitos (violentos y no violentos) disminuyó a un punto bajo a principios de la década de 1960.
2. Entre principios de la década de 1960 y mediados o fines de la década de 1970, ocurrió un aumento rápido y sin precedente en la tasa de todos los

delitos.

3. Entre principios de la década de 1980 y principios de la siguiente, disminuyó marcadamente la tasa de la mayoría de los delitos no violentos entre los adultos; la tasa de los delitos violentos disminuyó ligeramente entre los adultos y aumentó entre los jóvenes.
4. De principios de la década de 1990 a 2008, tanto el delito violento como el no violento continuaron declinando, pero a una tasa mucho más lenta que la de las declinaciones de la década de 1990.[1]

¿Cómo se comparan estas tasas con las de otros países? Por lo que toca a los delitos no violentos, las tasas recientes de los Estados Unidos son aproximadamente iguales a las de otros países desarrollados. Dicho de modo más preciso, las tendencias recientes de las tasas del delito no violento han venido creciendo en otros países, mientras que las de los Estados Unidos han venido declinando, de modo que las tasas del delito no violento en los Estados Unidos son ahora aproximadamente equivalentes a las de otros países desarrollados, o aun menores. Consideremos, por ejemplo, que a principios de la década de 1980 la tasa de robos en Gran Bretaña era significativamente menor que la de los Estados Unidos, pero para principios de la década de 2000 la tasa de robos en Gran Bretaña superó a la de los Estados Unidos. De igual modo, la tasa del robo de automóviles era menor en Francia que en los Estados Unidos a principios de la década de 1980, pero para principios de la década de 2000 la tasa era ya mayor en Francia que en los Estados Unidos. Por último, ya en 1984 la tasa de robos en Holanda era casi el doble de la de los Estados Unidos y ha permanecido así.

Los Estados Unidos se asemejan a Europa en lo tocante a las tasas de los delitos no violentos, pero difieren respecto a las tasas de los delitos violentos. Los Estados Unidos han estado a la cabeza del mundo industrializado en lo tocante a las tasas de homicidios (asesinatos divididos por la población) desde que se llevan registros. Durante más de un siglo, las grandes ciudades estadunidenses han tenido tasas de homicidios significativamente mayores que las de las ciudades europeas de tamaño similar. Sin embargo, el crecimiento de las tasas de homicidios y otros delitos violentos que se inició en la década de 1960 no se parece nada a lo ocurrido en Europa. Si bien las tasas de homicidios en los Estados Unidos siempre han sido mayores que en Europa, en general han venido bajando recientemente. Y la mayor tasa de homicidios en los Estados Unidos ha venido declinando también. De hecho, en los Estados Unidos tales tasas fueron aproximadamente de 24 700 homicidios en 1991, y de cerca de 16 000 en 2001, lo que representa una disminución de más de un tercio.[2] El FBI estima que hubo 16 272 homicidios en 2008. Las tasas de homicidios en Europa, que ya eran bajas, han caído en los últimos 10 años (con la curiosa excepción de Inglaterra, donde han aumentado), pero no han caído tan rápido como en los Estados Unidos.

B. *Tasas de encarcelamiento*

Los legisladores respondieron al aumento del delito incrementando la severidad de los castigos, especialmente el encarcelamiento. La cantidad total de prisioneros en todas las cárceles y prisiones en los Estados Unidos ha aumentado considerablemente en los últimos años. En 1970 la tasa de encarcelamiento en los Estados Unidos estaba por debajo de una persona en 400. Ésta se cuadruplicó posteriormente. En 2008 apenas uno en cada 100 adultos era encarcelado, y apenas dos de cada 100 estaban en libertad condicional o libertad bajo palabra.[3] Como un porcentaje de la población total, la tasa de encarcelamientos en los Estados Unidos es cinco veces la tasa en Gran Bretaña, nueve veces la de Alemania, y 12 veces la de Japón. Los políticos respondieron a la percepción del público de la epidemia de delitos con este aumento sin precedentes en el uso del encarcelamiento en los Estados Unidos.[4]

C. *Causas del delito*

Las diferencias observadas en las tasas de los delitos violentos nos impulsan a buscar las causas posibles en las estadísticas.

Primero, la mayoría de las ciudades grandes tienen tasas de delitos violentos que son de dos a siete veces mayores que las tasas de sus suburbios. Este hecho sugiere que la urbanización contribuye al delito, pero los cambios ocurridos en la urbanización no pueden explicar las tendencias descritas antes.

Segundo, una cantidad desproporcionada de delincuentes son hombres jóvenes. Las estadísticas de los arrestos sugieren que dos tercios de los delitos que se cometen en las calles de los Estados Unidos corresponden a personas menores de 25 años, casi todos son varones. Aproximadamente 93% de todos los prisioneros en los Estados Unidos son varones. Los cambios observados en las tasas de los delitos siguen a menudo a los cambios ocurridos en la distribución de la población por edad. Un aumento de la proporción de adolescentes aumentará la tasa de delitos. El salto discernible en el total de los delitos a principios de la década de 1960 coincidió con la llegada a la adolescencia (aproximadamente de 14 a 24 años) de la generación del "baby boom" (el auge de los nacimientos) que nació justo después de la segunda Guerra Mundial, mientras que la declinación de los delitos en la década de 1980 coincidió con la maduración de la población.[5] Sin embargo, el aumento de la cantidad de delitos observado desde la década de 1960 fue tan grande que sólo podemos explicar una fracción de tal aumento por el incremento del número de habitantes de 14 a 24 años. Por ejemplo, un estudio reveló que el aumento de la tasa de homicidios observado durante la década de 1960 fue más de 10 veces mayor que la que podría haberse predicho por el cambio ocurrido en la distribución por edades de la población.[6]

Tercero, en los Estados Unidos los delincuentes violentos y sus víctimas son

desproporcionadamente afroamericanos. Para ilustrar, los homicidios se cometen contra la población no negra de los Estados Unidos a una tasa aproximada a la de las poblaciones no minoritarias de los países europeos, y, en efecto, a tasas menores que las de algunos países europeos. Los negros que son víctimas de homicidios elevan las tasas de homicidios estadunidenses al nivel más alto entre los países desarrollados. Uno de los debates políticos más vitriólicos de los Estados Unidos se refiere a la causa de la conexión existente entre la violencia y la raza. Uno de los bandos afirma que la causa es la discriminación, mientras que el otro ubica el problema en la sociedad negra. (Véase el recuadro titulado "Los afroamericanos y el delito".)

Cuarto, un pequeño número de personas comete una gran proporción de delitos violentos. Cerca de 6% de los varones jóvenes de una edad determinada comete 50% o más del total de los delitos graves cometidos por todos los varones jóvenes de esa edad. Este hecho sorprendente es cierto en la mayoría de los países, no sólo en los Estados Unidos. Las características de este 6% de varones jóvenes son notablemente congruentes entre diferentes culturas. Tales jóvenes tienden a provenir de familias disfuncionales, tienen parientes cercanos (incluidos los padres) que son delincuentes, tienen bajos coeficientes de inteligencia verbal, se desempeñan mal en la escuela, son alcohólicos y drogadictos, viven en vecindades pobres y caóticas, y empiezan sus desmanes a muy temprana edad.[7]

Este bosquejo psicológico sugiere una conexión entre el delito y la pobreza, lo que sugiere además una relación entre el delito y el desempeño de la economía. Por ejemplo, un incremento de las tasas de desempleo podría causar un incremento en las tasas delictivas. En efecto, esta conexión es débil. Durante la próspera década de 1960, la economía estadunidense creció y la distribución del ingreso se volvió ligeramente más igualitaria, pero los Estados Unidos experimentaron un rápido incremento en la cantidad de delitos. Sin embargo, en la década de 1990, económicamente próspera, el delito declinó dramáticamente. (Investigaremos las causas de esta declinación en breve.) Y durante la gran recesión de 2008-2010 el aumento en las tasas de desempleo de alrededor de 5% en 2007 a casi el 10% a finales de 2010 no se ha asociado con tasas delictivas mayores. (Véase más adelante nuestra discusión detallada sobre estas relaciones en la sección 2B.)

Hemos venido analizando las estadísticas sociales del delito, las cuales relacionamos con la disuasión del delito. La teoría económica del capítulo anterior sugiere que los delincuentes son disuadidos en parte por la severidad del castigo y en parte por su certeza. ¿Los eventos del pasado reciente han confirmado esta predicción? Quizás sí. A finales de las décadas de los años de 1960 y 1970, los Estados Unidos respondieron al aumento delictivo con mayores sentencias de cárcel, mas no aumentando la certeza del castigo. Para ser concretos, los Estados Unidos construyeron más cárceles y contrataron más

guardias para castigar a los delincuentes, en lugar de contratar a más policías para atraparlos.[8] Por definición, el castigo esperado es igual a la severidad del castigo multiplicada por la probabilidad. Una explicación posible para el aumento en las tasas delictivas, al menos durante los primeros años de la década de 1990, que concuerda con la teoría económica del capítulo anterior, es que el castigo esperado en los Estados Unidos por cometer un delito grave (violento o no) ha disminuido drásticamente durante las últimas cuatro décadas del siglo XX en los Estados Unidos. En la década de 1950 era de 22 días de cárcel. A principios de la década de 1980 era de sólo 11 días. Para los delincuentes juveniles, el castigo esperado es particularmente bajo.[9] Sin embargo, estas cifras comenzaron a cambiar a mediados de la década de 1980, de modo que aumentó el castigo esperado promedio para una amplia gama de delitos. Como hemos visto, los delitos comenzaron a decaer a principios de la década de 1990 y continuaron decayendo a lo largo de la primera década del siglo XXI. Pareciera que la teoría del delito y el castigo explican estos patrones generales, pero la conexión entre el delito y el castigo esperado requiere un análisis cuidadoso usando estadísticas, como lo discutiremos más adelante.

NOTA WEB XIII.1

En nuestro sitio web ofrecemos estadísticas actualizadas del delito en los Estados Unidos y otros países, conexiones con sitios web donde obtener mayor información y algunas explicaciones comparativas de las diferencias existentes en la cantidad de delitos en diversos países.

D. *Costo social del delito*

Pasemos ahora de la cantidad del delito a sus costos. Podemos dividir el costo social del delito en las pérdidas de propiedades y las pérdidas personales de las víctimas, y los costos públicos y privados de la prevención del delito. Podemos también hacer una estimación bruta de cada uno de estos elementos a fin de calcular los costos sociales del delito en los Estados Unidos en un año reciente.

Los costos más fáciles de documentar son los gastos estatales en prevenir el delito y castigar a los delincuentes. En 1992, el gasto en el sistema de la justicia penal constituía 7.5% del total del gasto gubernamental a nivel local, estatal y federal. Para 2002, esa cifra había bajado significativamente, debido en gran medida al hecho de que el producto interno bruto (PIB) había aumentado dramáticamente durante la década de 1990. La suma total gastada anualmente por todos los niveles del gobierno de los Estados Unidos en el sistema de la justicia penal está muy por encima de los 100 000 millones de dólares. De ese total, cerca de un tercio se gasta en la protección policiaca. Los sistemas carcelarios federales y estatales cuestan cerca de un tercio del total. Los fiscales, los defensores de oficio, los funcionarios de libertad condicional, los tribunales, los registradores, etc., se llevan el tercio restante. Las estadísticas más recientes

son casi iguales, aunque de alguna manera están distorsionadas por el aumento en los esfuerzos antiterroristas.

Los gastos de individuos y organizaciones privadas en la prevención del delito son más difíciles de estimar que los gastos estatales. Este dinero se gasta en alarmas, guardias privados, sistemas de seguridad, colocación de marcas de identificación en bienes valiosos, etc. En 1993 los gastos privados en la prevención del delito en los Estados Unidos ascendían a cerca de 65 000 millones de dólares. Hacia 2003 esta cifra había aumentado hasta cerca de 90 000 millones de dólares. Hacia 2008 esta cifra había aumentado a más de 100 000 millones. (Advertimos, con base en nuestra discusión del capítulo anterior, que no todos los gastos privados reducen el delito; algunos simplemente lo desplazan.)

El valor de la propiedad perdida y de las pérdidas de las víctimas individuales del delito son los elementos de los costos sociales del delito más difíciles de estimar. El valor de todos los bienes robados en 1992 se estimaba en 45 000 millones de dólares. Sólo tenemos estimaciones brutas de pérdidas personales de las víctimas: por ejemplo, los costos médicos de la atención de los lesionados por delitos ascendieron a 5 000 millones de dólares en 1992, ignorando los cuantiosos costos indirectos del delito para las víctimas, tales como el trauma, la ansiedad y las vidas devastadas. Hay buenas razones para creer que estas cifras no han aumentado significativamente desde principios de la década de 1990. Una de ellas es el hecho de que la cantidad total de delitos ha declinado en los últimos 20 años hasta niveles nunca antes vistos en los Estados Unidos desde la década de 1930. Otra razón es que la rapidez y la habilidad con que el personal médico puede responder ahora a las lesiones traumáticas reducen los costos médicos de las lesiones personales, como las derivadas de heridas por arma de fuego.

Si añadimos estos elementos, el costo total equivale a 500 000 millones, o aproximadamente 4% del producto interno bruto estadunidense. Esta cantidad excluye algunos costos inmensurables. Por ejemplo, el encarcelamiento infecta a un grupo significativo de delincuentes con sida.[10] Esta cantidad también excluye el costo de reintegrar ex convictos a la vida económica y social normal después de aumentar el encarcelamiento. En 2007, aproximadamente 700 000 prisioneros fueron liberados de prisión (un grupo equivalente a la población de una ciudad grande). El congreso aprobó la Ley de Segunda Oportunidad en 2007 para dar a los estados un total de 100 millones durante los dos años siguientes para ayudar a los estados a diseñar modelos de programas para la reintegración de estos prisioneros. No hay duda de que tales programas son necesarios. La mejor estimación es que dos tercios de estos prisioneros liberados reincidirán dentro de un estimado de tres años.

*Los afroamericanos y el delito**

En el año de 1992, los negros y los blancos tenían tasas idénticas de sufrimiento de robos personales. Sin embargo, en el caso de los robos más graves (robos en las casas, robos a mano armada y robos de automóviles), la tasa de las víctimas negras era 33% mayor que la de las víctimas blancas. Más aún, en 1988 los negros representaban 20% de la población en los 75 condados urbanos más poblados de los Estados Unidos, pero constituían 54% del total de víctimas de homicidio en tales condados.[†] ¿Por qué son los estadunidenses negros desproporcionadamente víctimas del delito violento? El profesor Dilulio concluye que los estadunidenses prósperos se mudan a comunidades más seguras, a empleos más seguros, y disfrutan formas de recreación relativamente seguras, mientras que la pobreza impide que muchos estadunidenses negros se distancien de los delincuentes. (Adviértase que la mayor parte de los delitos violentos es intrarracial en los Estados Unidos: los delincuentes negros tienden a tener víctimas negras, y los delincuentes blancos tienden a tener víctimas blancas.)[‡]

Entre los delincuentes existe una disparidad racial semejante. En los 75 condados más poblados del país, los negros representan 20% de la población, pero 62% del total de los acusados en casos de homicidio. En 1991, la tasa de arrestos por delitos violentos era cinco veces mayor para los varones jóvenes negros que para los varones jóvenes blancos (1 456 por cada 100 000 para los jóvenes negros y 283 por cada 100 000 para los jóvenes blancos).

Las desproporcionadas tasas de arresto generaron una población carcelaria desproporcionadamente afroamericana. En 1990, 48.9% del total de prisioneros estatales y 31.4% del total de prisioneros federales eran negros. (Estas proporciones eran casi las mismas en 1980.)[¶] ¿Por qué son los estadunidenses negros perpetradores desproporcionados de delitos violentos? El profesor Dilulio señala el trágico hecho de que una porción desproporcionada de jóvenes afroamericanos crecen en familias disfuncionales y en vecindades donde es común el comportamiento delictivo y desviado. Por otra parte, las bajas tasas delictivas de los inmigrantes chinos en los Estados Unidos se atribuyen a menudo a ciertas características familiares y culturales.[§]

PREGUNTA XIII.1

¿Apoyan las estadísticas la percepción de que los Estados Unidos han sido azotados por una oleada de delitos?

PREGUNTA XIII.2

Si los gastos en la prevención de los delitos ascienden a 200 000 millones de dólares y los costos del delito para las víctimas ascienden por lo menos a 300 000 millones, ¿podrían los Estados

Unidos ahorrarse 500 000 millones abandonando todo esfuerzo para la prevención del delito?

PREGUNTA XIII.3

¿Cómo trataría el análisis económico de responder esta pregunta: "Aumenta o disminuye el delito a medida que una sociedad se vuelve más rica"?

PREGUNTA XIII.4

Cuando los estatutos prescriben el castigo exacto para cada delito, disminuye el poder discrecional del juez y aumenta el del fiscal. Prediga cómo podría afectar este cambio las acusaciones formuladas contras las personas arrestadas.

2. ¿EL CASTIGO DISUADE LOS DELITOS?

En el capítulo anterior esbozamos una teoría económica de la decisión de cometer un delito. De acuerdo con esa teoría, un aumento del castigo esperado provoca una disminución del delito cuando se mantienen constantes otras variables. La hipótesis de la disuasión sostiene que un aumento del castigo esperado causa una disminución significativa del delito. En términos técnicos, la hipótesis de la disuasión sostiene que la oferta del delito es elástica respecto del castigo. Si esto es así, el aumento de los recursos que la sociedad destina al arresto, la condena y el castigo de los delincuentes debería reducir los costos sociales del daño causado por el delito.

Otra hipótesis sostiene que las variaciones de la certeza y la severidad del castigo no disuaden significativamente a los delincuentes. Más bien, el delito es el resultado de un conjunto complejo de factores socioeconómicos o posiblemente biológicos. El método apropiado para minimizar los costos sociales del delito consiste en atacar estas causas básicas del delito: por ejemplo, dedicar recursos a la creación de empleos, el mantenimiento del ingreso, la asesoría familiar, la salud mental y la asesoría sobre las drogas y el alcohol.

El debate público presenta estas dos hipótesis como mutuamente excluyentes, pero en realidad ambas podrían ser correctas hasta cierto punto. Si muchas variables causan el delito, la política pública óptima para su reducción mezcla justicia penal y programas socioeconómicos.

¿Qué hipótesis es correcta? Examinaremos la literatura relevante para cada una de estas hipótesis y luego, al final de esta sección, llegaremos a una conclusión tentativa sobre sus méritos. Mucha de la literatura se basa en la econometría, que es indispensable en la búsqueda de las causas del delito, pero también es susceptible al mal uso y al error.[11]

A. *Disuasión*

El estudio estadístico habitual de la disuasión trata de explicar cierta clase de delitos como una función de tres tipos de variables. Estas variables explicativas

incluyen, primero, aproximaciones al castigo esperado (tales como las probabilidades de ser detectado, arrestado y condenado) y la severidad del castigo (por ejemplo, una sentencia de cárcel promedio). Segundo, ciertas condiciones del mercado de trabajo que se usan para medir el costo de oportunidad del delito, tales como la tasa de desempleo y el nivel de ingresos de la jurisdicción. Y tercero, ciertas variables socioeconómicas tales como la edad, la raza y la urbanización de la población de la jurisdicción. Las estadísticas pueden referirse a una sola jurisdicción a través del tiempo, o a diferentes jurisdicciones en el mismo punto del tiempo, o a ambas cosas.

Numerosos estudios empíricos tienen esta forma. Aquí analizaremos tres ejemplos especialmente interesantes. Primero, un estudio famoso en el que el economista Isaac Ehrlich utilizó datos sobre los robos en todos los Estados Unidos durante 1940, 1950 y 1960 para estimar la hipótesis de la disuasión y concluyó que, manteniendo constantes todas las demás variables, entre mayor sea la probabilidad de la condena por robo, menor será la tasa de robos.[12] Segundo, Alfred Blumstein y Daniel Nagin estudiaron la relación existente entre la evasión del reclutamiento y sus castigos en las décadas de 1960 y 1970. Estos autores concluyeron que una probabilidad mayor de la condena y un nivel mayor de la pena tendían a causar una tasa menor de la evasión del reclutamiento.[13] Tercero, un estudio realizado por Kenneth Wolpin utilizó datos de series de tiempo de Inglaterra y Gales, durante el periodo de 1894 a 1967, para verificar un efecto disuasivo en esos países. Wolpin descubrió que las tasas delictivas del Reino Unido eran una función inversa de la probabilidad y la severidad del castigo.[14]

Estos estudios (y otros más) revelaron un efecto de disuasión significativo. El Consejo Nacional de Investigación de la Academia Nacional de Ciencias de los Estados Unidos creó en 1978 el Panel para la Investigación de los Efectos de la Disuasión y la Incapacitación, a fin de evaluar los numerosos estudios académicos de la disuasión. El panel concluyó que "las pruebas favorecen ciertamente a una proposición en apoyo de la disuasión, en mayor medida de lo que favorecen a una proposición en el sentido de que la disuasión está ausente".[15]

La culpa de los delitos futuros

Los científicos sociales tienen habilidades para predecir el delito que aumentan moderadamente. Por ejemplo, Peter Greenwood elaboró para Rand un estudio titulado *Selective Incapacitation* (1982), en el que descubrió que podrían predecirse los delincuentes de alto riesgo de acuerdo con siete características: *1)* fueron condenados por un delito juvenil; *2)* consumieron drogas ilegales siendo menores de edad; *3)* consumieron

drogas ilegales durante los dos últimos años; *4)* estuvieron empleados menos de 50% del tiempo durante los dos últimos años; *5)* fueron encarcelados en una cárcel correccional; 6*)* pasaron en prisión más de 50% del tiempo durante los dos últimos años, y *7)* fueron previamente condenados por el delito del que ahora se les acusa.

Una conclusión controversial que obtienen algunas personas es que los delincuentes dotados de estas características deberían ser remitidos en la prisión durante un periodo más largo que el de otros delincuentes. Por ejemplo, M. Moore, S. Estrich, D. McGillis y W. Sperlman dan su "apoyo calificado" a una política de "incapacitación selectiva" en *Dangerous Offenders: The Elusive Target of Justice* (1985). Por supuesto, ahora se toman decisiones acerca del otorgamiento de la libertad caucional, la severidad del castigo y la libertad condicional sobre la base de ciertas predicciones acerca de la disposición delictiva del delincuente. En Barefoot *vs*. Estelle, 463 U.S. 880 (1983), reh. den. 464 U.S. 874 (1983), la Suprema Corte de los Estados Unidos permitió el testimonio psiquiátrico sobre la peligrosidad futura probable de un individuo, ante un jurado que estaba decidiendo si el acusado debía ser condenado a la pena de muerte.

PREGUNTA XIII.5

¿Requiere la eficiencia que el castigo se ajuste de acuerdo con ciertas predicciones sobre el delito futuro? ¿Es injusto que se haga esto?

Estos estudios tratan de explicar la "tasa delictiva", que es un estadístico muy agregado. En lugar de estudiar las tasas delictivas, otro enfoque de la disuasión estudia el comportamiento de grupos pequeños de personas. Sabemos que una proporción relativamente pequeña de la población comete una gran proporción de los delitos. Los economistas han tenido cierto éxito en predecir quiénes se convertirán en delincuentes violentos. (Véase el recuadro "La culpa de los delitos futuros".) Describiremos dos estudios sobre la disuasión de los delitos de tales personas.

Primero, la profesora Ann Witte monitoreó durante tres años el comportamiento de 641 delincuentes convictos después de su liberación. Reunió información sobre si estos hombres eran arrestados de nuevo en ese periodo (cerca de 80% lo fue), sus condenas y encarcelamientos anteriores, su experiencia laboral después de su liberación, y su adicción al alcohol o las drogas. La profesora Witte verificó la hipótesis de que la condena y el encarcelamiento inducían a estos delincuentes de alto riesgo a cometer menos delitos en el futuro. Concluyó que entre mayor fuese la probabilidad de la condena y el encarcelamiento, menor sería el número de arrestos subsecuentes por mes pasado fuera de la prisión.[16]

Segundo, Charles Murray y Louis Cox, Jr., revisaron los registros de 317 hombres de Chicago, con una edad promedio de 16 años, que habían sido encarcelados por primera vez por el Departamento Correccional de Illinois. A pesar de su juventud, éste era un grupo endurecido de hombres jóvenes: antes de ser condenados a prisión por primera vez, tenían en promedio 13 arrestos anteriores por persona; como grupo, habían sido acusados de 14 homicidios, 23 violaciones, más de 300 ataques peligrosos, más de 300 robos de automóviles, casi 200 robos a mano armada y más de 700 robos a casas habitación. La sentencia promedio por sus delitos era de 10 meses. Murray y Cox monitorearon a estos jóvenes delincuentes durante cerca de 18 meses después de su liberación y descubrieron que durante ese periodo disminuyó en dos tercios el número de arrestos del grupo. Los autores concluyeron que la prisión sirvió como una disuasión del delito futuro para este grupo de alto riesgo.[17]

Los gobiernos rara vez realizan experimentos para los científicos sociales cambiando las leyes penales a fin de verificar los efectos de la disuasión. Sin embargo, en ocasiones los gobiernos cambian esas leyes por razones políticas, y el cambio propone a los científicos sociales un "experimento natural" para verificar la disuasión. En julio de 2006 el parlamento Italiano aprobó la Ley de indulto Colectivo, la cual proveía una reducción inmediata de tres años en las sentencias de cárcel de todos los internos que cometieron un delito antes del 2 de mayo de 2006, y que habían sido sentenciados a un periodo mayor a tres años. Se liberaron aproximadamente 22 000 internos (alrededor de 40% de la población de internos en Italia) bajo los términos de esta ley el 1 de agosto de 2006. Más adelante la ley establecía que si un ex convicto que había sido liberado bajo esta ley cometía un delito dentro de los cinco años posteriores a su liberación, se le solicitaría que completara el tiempo restante de la sentencia suspendida por el perdón (el cual variaba entre uno y 36 meses) y la sentencia dictada por el nuevo delito cometido.

Francesco Drago, Roberto Galbiati y Pietro Vertova reconocieron que estos términos actuaron como un experimento interesante en la disuasión. Las variaciones posibles en las sentencias que podían imponerse a los ex convictos en el futuro por el mismo delito (que consistían en la sentencia indicada por el nuevo delito más el tiempo adicional que no se cumplió de la condena anterior) crearon un experimento natural que podría usarse para medir los efectos del aumento en las sentencias de cárcel sobre la decisión de cometer un delito. Su análisis estadístico concluyó que "un aumento marginal (de un mes) en la sentencia restante redujo la probabilidad de reincidencia en 0.16 puntos porcentuales". Los autores continuaron con la estimación de una elasticidad del delito con respecto a las sentencias de cárcel y encontraron que esa cifra era de aproximadamente -0.74%, es decir, podría esperarse que un aumento de 10% en la sentencia de cárcel por cometer un delito particular provocara una disminución 7.4% en la cantidad del crimen cometido.[18]

La economía ha asimilado los hallazgos en la psicología cognitiva que están cambiando el análisis de la disuasión. Quizás el descubrimiento más importante es que las personas son demasiado miopes como para ser disuadidas por largas sentencias penales. Si el castigo aumenta de, digamos, dos años en prisión a tres, los años adicionales tienen un efecto menor sobre la disuasión de los delincuentes, especialmente en los hombres jóvenes que cometen delitos violentos. Lee y McCrary demostraron este hecho en un notable estudio. La duración de la sentencia que enfrenta una persona que comete un delito aumenta abruptamente cuando el delincuente cumple los 18 años. En consecuencia, la hipótesis de la disuasión predice una fuerte disminución de los delitos cuando los delincuentes juveniles cumplen dicha edad. Un análisis estadístico cuidadoso de los datos de arrestos en Florida muestra una continuidad en la probabilidad de cometer un delito en la mayoría de edad. De tal modo que cuando el delincuente cumple 18 años, los castigos más largos no los disuaden, aparentemente, de cometer el delito. Este hecho tiene una simple y poderosa implicación para la política de justicia penal: la reducción de las sentencias y el redireccionamiento de los gastos en las prisiones hacia la policía, lo que disminuiría la severidad del castigo e aumentaría su certeza, disuadiría más delitos sin que los contribuyentes incurran en gastos adicionales.[19]

En el mismo espíritu del hallazgo de Lee y McCrary, Paul Robinson, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Pensilvania, y John Darley, del Departamento de Psicología de la Universidad de Princeton, han argumentado que el derecho penal no disuade.[20] Seamos muy cuidadosos con la premisa de los autores: ellos creen que es probable que el sistema de justicia penal disuada el delito, pero dudan mucho que las leyes penales lo hagan. Pretenden trazar una distinción entre tales acciones como la manipulación legislativa de la duración de la sentencia, que consideran que no tiene efecto disuasivo, y acciones como el aumento de la vigilancia policial o de la dureza de las condiciones carcelarias, que consideran que sí disuaden el delito.

Los autores basan la opinión sobre los hallazgos en las ciencias conductuales. Escriben que para que el derecho penal tenga un efecto disuasivo en las elecciones de comportamiento de un delincuente potencial, "se deben contestar afirmativamente las tres preguntas siguientes:

1. ¿El delincuente potencial conoce, directa o indirectamente, y comprende lo que implica para él la ley que pretende influenciarlo? Es decir, ¿el delincuente potencial sabe qué acciones se tipifican como delito por los códigos penales, qué acciones se requieren, y qué condiciones excusarían las acciones que de otra forma serían delictivas?
2. Si lo sabe, ¿usará ese conocimiento para que influya en sus elecciones de comportamiento en el momento de hacerlas?
3. Si conoce la regla y es capaz de influir en sus decisiones, ¿la percepción de

sus elecciones es tal que es probable que escoja el cumplimiento de la ley en vez de cometer un delito? Es decir, ¿los costos percibidos del incumplimiento pesan más que los beneficios percibidos de la acción delincuencial, como para producir la decisión de renunciar a la acción delincuencial?"[21]

Robinson y Darley argumentan que existen pruebas de que ninguna de estas premisas es cierta. Primero, ellos informan sobre las encuestas que ellos y otros han llevado a cabo en diferentes estados sobre el número limitado de normas jurídicas para determinar qué tan bien una muestra aleatoria de ciudadanos conocen las leyes penales vigentes. Una encuesta reveló que una encuesta de la "población objetivo" (mas no de la población general) de delincuentes potenciales descubrió que 18% de ellos no tenía idea de cuáles serían las sanciones para varios delitos; 35% dijo que no le prestaba atención a cuál sería la sanción; y 22% pensaba que sabía exactamente cuál sería el castigo. Por lo tanto, los autores concluyen que "la gente rara vez conoce las normas del derecho penal".[22]

Robinson y Darley también señalan que la tasa general de sentencias por delitos es muy baja, aproximadamente 1.3% de todos los delitos terminan en una sentencia, y las probabilidades de que un delincuente sentenciado reciba la cárcel son de 100 a 1 para la mayoría de los delitos; "incluso los delitos más graves, además del homicidio, tienen tasas de sentencia de un solo dígito". Es probable que muchos individuos de la población general desconozcan estos datos; en vez de eso, quizás ellos crean que la posibilidad de ser detectado, arrestado y condenado es más alta y, por lo tanto, son disuadidos de cometer un delito. Pero es probable que los criminales de carrera, sus amigos y familiares sepan qué tan bajas son realmente las tasas de sentencia y castigo.

Uno de los puntos más intrigantes que Robinson y Darley señalan es que la duración de las sentencias de cárcel puede no tener un efecto disuasivo. Advierten que las personas se adaptan bastante rápido al cambio de las circunstancias; por ejemplo, existen pruebas de que en seis meses de encarcelamiento los prisioneros regresan al estado de bienestar previo a dicho encarcelamiento. Y existen pruebas convincentes de que, en retrospectiva, todos sufrimos de "omisión de la duración", es decir, que no recordamos exactamente la duración de experiencias buenas o malas. De modo que la idea del encarcelamiento disuade a aquellos de nosotros que no hemos estado "dentro", pero quizás aquellos que ya han estado encarcelados recuerden la experiencia como no tan mala como lo habían anticipado.

Robinson y Darley resumen el trabajo no publicado de Anup Malani, de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago, sobre los efectos de disuasión de la regla del delito grave de homicidio. Esta regla penaliza cualquier muerte que ocurra durante un delito como si hubiese sido intencional. Claramente, los

legisladores aprobaron la regla del delito grave de homicidio esperando que los criminales tomaran mayores precauciones cuando cometen un delito, por ejemplo, evitando cargar un arma de fuego, y que al mismo tiempo fueran disuadidos de cometer un delito grave. De modo que la esperanza fue que la regla pudiera no sólo reducir la tasa de lesiones graves al cometer un delito, sino también reducir la tasa de delitos graves, como el robo. Malani reunió información para ver si podía establecer los efectos de la regla del delito de homicidio sobre los delitos graves. Sorprendentemente, descubrió que la regla tiene el efecto perverso de "incrementar la tasa de muertes durante un robo". De modo similar con respecto a la violación, el efecto general de la regla era que aumentaba las muertes totales durante violación de 0.15 a 0.16%. Aún no es claro por qué se obtuvieron resultados tan perversos.[23]

NOTA WEB XIII.2

Véase información adicional sobre el análisis conductual del delito y el castigo en nuestro sitio web.

B. *Condiciones económicas y tasas delictivas*

Cometer un delito toma tiempo y esfuerzo que podrían invertirse en otra cosa, como ganar dinero de forma legal. Un delincuente racional amoral responde al costo de oportunidad del delito, de modo que un aumento de las oportunidades de ganar ingresos legalmente debería causar una disminución de la delincuencia. Si el costo de oportunidad tiene un efecto poderoso, las mejores políticas para reducir la cantidad de delitos serán aquellas que mejoren las condiciones económicas y sociales. Por ejemplo, entre 1991 y 2001 los Estados Unidos experimentaron el periodo de prosperidad más largo en tiempos de paz sin una recesión de su historia y, como sabemos, esto correspondió a una dramática disminución de todas las clases de delitos, tanto violentos como no violentos. ¿Fue la prosperidad económica una causa de la disminución del delito? Reseñaremos brevemente algunos estudios empíricos de la medida en que las políticas que incrementan el empleo y el ingreso reducen la cantidad de los delitos. (No analizaremos los estudios estadísticos de la influencia de la vida familiar anterior, la herencia y otros factores no económicos sobre las tasas delictivas.)[24]

Es posible que los trabajadores desempleados cometan delitos para obtener ingresos o para superar su ociosidad y su frustración, de modo que el empeoramiento de las condiciones del empleo genera un incremento en la cantidad de delitos contra la propiedad. ¿Hay una relación discernible entre las fluctuaciones cíclicas de las condiciones económicas y las tasas delictivas? Hay pruebas mixtas al respecto. En una revisión de la literatura sobre este punto, realizada en 1981, Thomas Orsagh y Ann Witte descubrieron escasas pruebas de

una relación significativa.[25] Más recientemente, Cook y Zarkin descubrieron un pequeño incremento del número de robos en casas habitación y robos en las calles en las recesiones recientes, ninguna correlación entre el ciclo económico y los homicidios, y una relación contracíclica entre las condiciones económicas y los robos de automóviles. Por último, Cook y Zarkin descubrieron que las tendencias de las tasas delictivas de largo plazo eran independientes del ciclo económico.[26] Como ya se ha advertido, el descenso continuo en los delitos durante la gran recesión de 2008-2010 parece indicar que hay una conexión muy débil entre las condiciones económicas agregadas y las tasas delictivas.

Estos resultados negativos no contradicen la teoría económica de la disuasión. En la teoría económica de la disuasión, el ciclo económico influye sobre el costo de oportunidad del delito y también sobre las oportunidades para cometer delitos. Estas dos influencias operan en direcciones opuestas. A medida que la economía empeora, los delincuentes tienen menos oportunidades de obtener ingresos legítimos, y también menos oportunidades para cometer delitos. Por ejemplo, el desempleo crea una motivación para vender cocaína y también reduce el número de los clientes potenciales.[27] Se sigue de aquí que, a medida que la economía mejora, aumenta el costo de oportunidad del delito, pero también la ganancia posible del delito exitoso. Está en duda todavía cuál de estas fuerzas dominará. (Volveremos pronto a esa conexión en la sección 7.)

C. *¿Es redituable el delito?*

La mayoría de las personas nunca comete un delito, pero algunas personas hacen del delito una carrera. Aparentemente, estos delincuentes de carrera creen que los beneficios del delito superan a los castigos esperados. ¿Por qué los delincuentes de carrera llegan a una conclusión diferente de la del resto de nosotros? ¿Es el delito muy redituable y el trabajo legítimo poco redituable para ellos, o ellos tienen actitudes especiales hacia el riesgo y valuaciones especiales del tiempo?

CUADRO XIII.1. *Ingresos delictivos y legítimos por año (dólares de 1988)*

	Tasa alta		*Tasa media*	
Tipo de delito	*Delito*	*Empleo*	*Delito*	*Empleo*
Robos en casa habitación	5 711	5 540	2 368	7 931
Robo a mano armada	6 541	3 766	2 814	5 816
Estafa	14 801	6 245	6 816	8 113
Robo de automóviles	26 043	2 308	15 008	5 457
Mixto	6 915	5 086	5 626	6 956

FUENTE: Wilson y Abrahamse, "Does Crime Pay?", *Justice Quarterly*, vol. 9, 1992, pp. 359, 367.

A fin de responder estas preguntas, James Q. Wilson y Allan Abrahamse (en "Does Crime Pay?", *Justice Quarterly*, vol. 9, 1992, p. 359) compararon las ganancias del delito y las del trabajo legítimo para un grupo de delincuentes de carrera en las prisiones estatales de tres estados. Wilson y Abrahamse dividieron a los prisioneros en dos grupos: delincuentes de tasa media y delincuentes de tasa alta. Utilizando datos del informe de la Encuesta Delictiva Nacional sobre las pérdidas promedio de las víctimas de diferentes clases de delitos, los autores estimaron el ingreso anual de los delincuentes.[28] Luego compararon estas estimaciones del ingreso obtenido del delito con las estimaciones hechas por los propios prisioneros de su ingreso proveniente de fuentes legítimas. Dos tercios de los prisioneros tenían empleos razonablemente estables cuando no estaban en prisión y, en promedio, los prisioneros creían que habían ganado $5.78 por hora en esos empleos legítimos.

Como indica el cuadro XIII.1, para los delincuentes de tasa media, el trabajo paga mejor que el delito en todos los tipos de delito fuera del robo de automóviles. Pero en el caso de los delincuentes de tasa alta, el delito pagaba mejor que el trabajo legítimo para todos los delitos fuera del robo en casas habitación. Estas cifras se refieren al ingreso proveniente del delito, pero no al costo principal del delito para estos delincuentes: el tiempo que pasan en prisión. Cuando los autores incluyeron esos costos, el ingreso neto proveniente del delito cayó por debajo del ingreso proveniente del trabajo legítimo para los delincuentes de tasa media y de tasa alta por igual.

Entonces ¿por qué cometen delitos los criminales de carrera? Wilson y Abrahamse consideran y rechazan dos explicaciones. Primero, es posible que los prisioneros hayan creído que tenían que cometer el delito porque no tenían ninguna oportunidad real de desempeñar un trabajo legítimo. Los autores dudan de esta explicación: dos tercios de los prisioneros estaban empleados durante cierto tiempo en el periodo examinado. Segundo, es posible que los prisioneros hayan tenido problemas graves con el alcohol y las drogas, de modo que no podían mantener empleos legítimos. Los autores arguyen que aunque dos tercios de los delincuentes tenían problemas de alcohol o drogas, las pruebas de otros estudios indican que estos problemas no impiden normalmente el empleo legítimo. Wilson y Abrahamse concluyen que los delincuentes de carrera están "temperamentalmente dispuestos a sobrevaluar los beneficios del delito y a subvaluar sus costos" porque son "extraordinariamente impulsivos u orientados hacia el presente". En términos económicos, estos individuos descuentan los castigos, por su carácter incierto y futuro, en mayor medida que otras personas.

PREGUNTA XIII.6

¿Cómo podría contribuir la recolección de estadísticas uniformes sobre el delito a los estudios de la disuasión?

PREGUNTA XIII.7

Describa cómo podrían los estadísticos separar idealmente el efecto del ciclo económico sobre el costo de oportunidad del delito y sobre su rentabilidad.

PREGUNTA XIII.8

Supongamos que los delincuentes descuentan el riesgo y el carácter futuro en mayor medida que otras personas. ¿Qué políticas podrían reducir el delito cambiando este hecho?

D. *Aborto y delito*

El análisis económico del delito postula que el nivel del castigo y su certeza, el nivel de la oportunidad económica legítima, la estructura de edades de la población y otros factores socioeconómicos ofrecen una explicación relativamente completa del nivel del delito en un momento y un lugar particulares. Así, por ejemplo, el patrón de cuatro puntos del delito reciente en los Estados Unidos que esbozamos al inicio de este capítulo podría ser —y, en efecto, ha sido— investigado con el uso de las variables independientes que acabamos de señalar. Sin embargo, en un fascinante artículo reciente, Donohue y Levitt ofrecen una explicación muy diferente de la disminución reciente en la cantidad de delitos: la legalización del aborto en 1973.[29]

El meollo de su explicación es que cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos legalizó el aborto en Roe *vs*. Wade, en enero de 1973, hubo un aumento considerable en el número de abortos: de menos de 750 000 en 1973 (cuando los nacimientos vivos llegaron a 3.1 millones) a 1.6 millones de abortos legales por año en 1980 (cuando los nacimientos vivos llegaron a 3.6 millones). Donohue y Levitt postulan que la disminución de esa proporción de la población en los Estados Unidos, a partir de 1991, puede explicar la mitad de la disminución observada en la cantidad de delitos. Todos los demás factores en conjunto explican la otra mitad.

Donohue y Levitt dividen el efecto de la legalización del aborto sobre la disminución del delito en dos partes: el efecto del "tamaño de la cohorte" y el efecto de la "calidad de la cohorte". El efecto del tamaño de la cohorte se refiere a la reducción del número de varones de 18 años de edad a partir de 1991 como una explicación importante de la disminución del delito. Pero estos autores también sostienen, controversialmente, que la "calidad" de los jóvenes varones que no nacieron gracias al aborto después de 1973 era tal que habrían tenido mayores probabilidades aún de cometer delitos y otros actos antisociales que los jóvenes típicos de 18 años de edad. Las razones son que "es muy probable que las mujeres que tienen abortos [madres adolescentes, mujeres solteras y las económicamente marginadas] sean quienes corren mayores riesgos de dar a luz hijos que se dedicarían a la actividad delictiva". Las mujeres tienden a recurrir al aborto como un procedimiento para alterar la cronología de la crianza de hijos; así pueden esperar hasta más tarde, cuando mejore su situación económica o personal. Los hijos nacen entonces en mejores ambientes.

Los autores señalan cinco factores en apoyo de su hipótesis. Primero, como se indicó antes, había un número y una proporción menor de la población en las edades de delincuencia de tasa alta a principios de la década de 1990, debido en gran parte al aumento de los abortos a partir de 1973. Segundo, cinco estados legalizaron el aborto en 1970, antes de que la Suprema Corte lo legalizara en Roe *vs*. Wade, y la disminución de las tasas delictivas ocurrió antes en esos cinco estados que en el resto del país. Tercero, hay una correlación estadísticamente significativa entre "las mayores tasas del aborto a fines de la década de 1970 y principios de la siguiente [y] tasas delictivas menores [en esos estados] en el periodo de 1985 a 1997". Cuarto, no hay ninguna correlación entre las tasas de aborto mayores de la segunda mitad de la década de 1970 en un estado y las tasas delictivas en ese estado entre 1972 y 1985. Y quinto, casi toda la disminución del delito en la década de 1990 puede "imputarse a la disminución del delito entre las cohortes nacidas después de la legalización del aborto [;] [hay] escaso cambio en el delito entre las cohortes más viejas [durante los últimos 30 años]".

Donohue y Levitt atribuyen cerca de la mitad del total de la disminución ocurrida en todos los delitos en la década de 1990 a los efectos de la legalización del aborto. De esa mitad, atribuyen 50% al efecto del "tamaño de la cohorte" y 50% al efecto de la "calidad de la cohorte". Sin embargo, a su investigación estadística no le ha ido bien bajo un escrutinio intenso. Parece que las tasas de aborto pierden su significancia cuando se hacen nuevamente las regresiones utilizando tasas delictivas más precisas de las cohortes de edad pertinentes.[30] La única corrección para el análisis econométrico inadecuado es un mejor análisis econométrico que el futuro traerá al estudio del delito y del aborto.

NOTA WEB XIII.3

Véase en nuestro sitio web más información sobre la hipótesis de Donohue y Levitt, las críticas formuladas en su contra y conexiones con otra literatura sobre la causa de la disminución del delito en la década de 1990.

3. Castigo eficiente

¿Qué formas de castigo se utilizan efectivamente en los Estados Unidos y cuán eficientes son? En esta sección examinaremos en primer término los beneficios y los costos sociales del encarcelamiento y luego evaluaremos los beneficios y los costos de las multas monetarias como una disuasión del delito. Sostendremos que el sistema de justicia penal estadunidense recurre mucho al encarcelamiento y muy poco a las multas.

A. *Encarcelamiento*

1. *Beneficios sociales del encarcelamiento*

En principio, el encarcelamiento tiene por lo menos cuatro beneficios sociales: *1)* disuasión, *2)* retribución, *3)* rehabilitación e *4)* incapacitación. Ya hemos analizado las pruebas empíricas sobre la disuasión. Consideraremos por separado cada uno de los tres beneficios restantes.

Primero, el "retributismo" sostiene que la justicia requiere castigar a los delincuentes en proporción a sus delitos. En principio, la variación de la duración de la sentencia permite que el Estado ajuste la vergüenza y el costo personal de la prisión hasta que sean proporcionales a la gravedad del delito. Usted podría pensar que el análisis económico se ocupa de la eficiencia y nada tiene que decir de este problema de justicia. En realidad, el análisis económico tiene algo que decir de cualquier meta explícita de las políticas públicas, incluida la justicia. Véase el recuadro titulado "Retribución y economía".

El siguiente beneficio presuntamente derivado del encarcelamiento es el de la "rehabilitación", lo que significa que la prisión cambia a los delincuentes de tal modo que, después de su liberación, ya no cometerán más delitos. Por ejemplo, la prisión podría enseñar al delincuente una habilidad laboral práctica o proveer una instrucción religiosa que lo induzca a evitar el delito. El ideal de la rehabilitación, que alguna vez disfrutó de favor en los Estados Unidos, ha sido abandonado, en parte porque los programas de rehabilitación muestran malos resultados.[31] En los últimos años han disminuido los gastos de las prisiones estadunidenses en consejeros, capacitación en el trabajo y educación general.

El último beneficio social, el de la "incapacitación", se refiere al hecho de que, mientras esté en la prisión, el delincuente no podrá cometer delitos contra personas fuera de la prisión. Aunque la prisión no disuada o no rehabilite, el encarcelamiento puede reducir el delito incapacitando al delincuente. La mayoría de los estudios recientes indican que cerca de dos tercios del total de internos tenía antecedentes penales antes de su encarcelamiento actual. Además, entre 25 y 50% del total de delincuentes son arrestados en un plazo muy corto —de seis meses a un año— después de su salida de prisión, y dos tercios reincidirán en los siguientes tres años. De acuerdo con un estudio de la Institución Brookings, los delincuentes violentos que entran a la prisión y salen de ella cometen 12 delitos graves por año, en promedio, cuando están fuera de la prisión (excluidos los delitos de drogas).[32]

Por hechos como éste, la gente concluye que la incapacitación reduce significativamente las tasas delictivas. Sin embargo, estos hechos deben ser examinados. Hay dos condiciones que deben satisfacerse para que el encarcelamiento reduzca las tasas delictivas. Primero, es necesario que los delincuentes incapacitados por el encarcelamiento no sean remplazados de inmediato por nuevos delincuentes. Por ejemplo, si el encarcelamiento de un narcotraficante genera de inmediato su remplazo por otro, la incapacitación no reducirá el total de las ventas de drogas. En términos técnicos, la incapacitación es muy eficaz para reducir el delito cuando la oferta de delincuentes es inelástica.

En general, la oferta inelástica deriva de un factor de producción fijo. Por ejemplo, es posible que un narcotraficante importante tenga un conocimiento especial de los mercados ilegales, de modo que después de su arresto nadie podrá tomar rápidamente su lugar.

Retribución y economía

De acuerdo con el principio de la retribución, la justicia requiere que se absuelva al inocente y se castigue al culpable en proporción a su delito. Por otra parte, hay injusticia cuando se castiga al inocente, se absuelve al culpable o se castiga al culpable fuera de proporción con la gravedad de su delito. A fin de evitar estas injusticias, los funcionarios que arrestan y enjuician a los individuos deben tener buena información acerca de quién hizo qué cosa. Dado el costo de la información, los funcionarios cometen errores. Los estadísticos llaman un "falso positivo", o "error de tipo I", al castigo del inocente. Cuando no se castiga al culpable se habla de un "falso negativo" o "error de tipo II".

A medida que los funcionarios incrementan la eficiencia del sistema de justicia penal, se llega a un punto donde no se puede reducir un tipo de error sin incrementar los errores del otro tipo. Para ilustrar, supongamos que el fiscal ordena los casos desde el más débil hasta el más fuerte de acuerdo con la probabilidad de obtener una condena. Se selecciona un punto de corte, por encima del cual se enjuician todos los casos y por debajo del cual no se enjuicia ninguno. Cuando se eleva el punto de corte, de modo que sólo se enjuicien los casos que tengan una alta probabilidad de terminar en una condena, disminuyen los falsos positivos (el castigo del inocente) y aumentan los falsos negativos (dejar sin castigo al culpable). La disminución del punto de corte tiene el efecto contrario.

Un procedimiento para elegir el punto de corte consiste en encontrar el punto en que el costo social esperado de los falsos positivos es igual al costo social esperado de los falsos negativos. Si el castigo de una persona inocente tiene mayor costo social que dejar sin castigo a una persona culpable, se escogerá el corte en un punto favorable para el acusado. La justicia, representada por el principio de retribución, y la eficiencia, representada por la minimización de los costos sociales del delito, coinciden cuando se equilibran los falsos positivos con los falsos negativos. Los dos conceptos coinciden porque el costo social del encarcelamiento falso o de la liberación errada de la prisión depende de las creencias existentes acerca de la justicia.

Segundo, para que el encarcelamiento reduzca los delitos, la prisión debe disminuir el número total de los delitos cometidos por los reincidentes a lo largo

de sus carreras delictivas. Para algunos delincuentes, el encarcelamiento afecta a la cronología, pero no al número de sus delitos. Para ver por qué, consideremos que el castigo se vuelve más severo con cada condena penal de un delincuente reincidente. Supongamos que, después de la segunda condena, la perspectiva de un castigo muy severo para una tercera condena hace que esta persona deje de cometer delitos. En este ejemplo, el hecho de que la persona no pudiera cometer delitos mientras estaba en la cárcel después de cada una de las tres primeras condenas, podría no influir sobre el número total de los delitos cometidos por ella. Más bien, el tiempo pasado en la prisión sólo demoró la llegada del día en que el delincuente recibió la segunda condena. El castigo por una tercera condena podría ser tan severo que disuadiera todo nuevo delito. En general, si una persona comete delitos hasta que el castigo esperado supere al beneficio, el efecto de disuasión del encarcelamiento determina cuántos delitos cometerá la persona, y la incapacitación no tendrá ningún efecto. (Véase el cuadro sobre los "Tres *Strikes*".)

Consideremos ahora el tipo de delincuente contrario. Para esta persona, el impulso de cometer delitos es irresistible en la juventud y desaparece con la edad. Si el Estado mantiene a esta persona en prisión durante su juventud, y lo libera más tarde, cometerá menos delitos durante su carrera delictiva. Por lo tanto, la incapacitación reduce la tasa delictiva causada por la juventud.

El hecho de que los delincuentes reincidentes cometan menos delitos a medida que envejecen podría deberse a factores biológicos y sociológicos asociados al envejecimiento, o a bien a los mayores castigos esperados a medida que crecen los antecedentes delictivos.

Distinguir los efectos de la incapacitación y de la disuasión del encarcelamiento es una cuestión empírica complicada. Por un lado, como hemos visto, enviar a alguien a la cárcel o a la prisión puede reducir la cantidad de delitos simplemente porque un encarcelado no puede cometer delitos. (La literatura se refiere a esto como "disuasión específica".) Por otro lado, poner a alguien en la cárcel o en la prisión puede reducir el delito porque otras personas observarán el castigo impuesto a un delincuente convicto y decidirán no cometer un delito para evitar sufrir el mismo castigo. (La literatura se refiere a esto como "disuasión general".) Cualquiera o ambos de estos efectos (o ninguno de ellos) son posibles y esclarecerlos ha demostrado ser una tarea empírica muy agotadora.

A finales de la década de 1990, Dan Kessler y Steve Levitt publicaron un documento en el cual reportaron haber encontrado un método para distinguir los efectos de la incapacitación y de la disuasión del encarcelamiento y las sanciones delictivas generales.[33] En junio de 1982 los votantes de California aprobaron una propuesta (Propuesta 8) que disponía mejoras inmediatas a la sentencia para algunos delitos elegibles (asesinato, violación, robo, robo a casa habitación y asalto a mano armada). Bajo la condena de cualquiera de los delitos especificados, el demandado recibiría un aumento de cinco años a su periodo de

encarcelamiento por cada condena previa de un delito grave. La aprobación y la implementación de la propuesta estipularon lo que los economistas llaman un "experimento natural" para distinguir la incapacitación de la disuasión general. Kessler y Levitt reconocieron que no puede atribuirse cualquier disminución inmediata en la cantidad de delitos elegibles para la mejora de las sentencias a los efectos de la incapacidad, sino más bien a los efectos marginales de la disuasión. Kessler y Levitt encontraron que hubo una disminución casi inmediata de 4% de los delitos elegibles para la mejora de la sentencia en California, en el año siguiente, luego de que los votantes aprobaran la propuesta y que la disminución en esos delitos continuara en los años venideros.[34] Éste es uno de los estudios más dramáticos y esmerados para encontrar el efecto de la disuasión de las sanciones penales que puede distinguirse de los efectos incapacitantes del encarcelamiento.

Ley de los "Tres strikes"

California aprobó la primera ley de los "tres *strikes"* de la nación por medio de una iniciativa ciudadana en 1994. La medida fue aprobada con 72% de los votos, en gran parte como una reacción al asesinato de la niña de 12 años Polly Klaas, quien fue secuestrada de una fiesta de pijamas y asesinada por un criminal violento que había sido puesto en libertad condicional recientemente. Las leyes de los tres *strikes*, que han sido aprobadas en 26 estados, requieren una mejora significativa de la sentencia cuando un delincuente es condenado por su tercer delito grave. Normalmente, los primeros dos delitos deben ser violentos o graves, pero el tercer delito grave, que detona la ley, no tiene que ser ni violento ni grave. El sentido de la ley es que alguien que comete un tercer delito grave es un "delincuente habitual" y es claro que las sanciones delictivas normales no lo disuaden. De modo que en California la sentencia para el tercer delito grave normalmente es la prisión de por vida.

En la actualidad hay, aproximadamente, 8 500 prisioneros en California cumpliendo sentencias de cadena perpetua a causa de su tercer delito. De ellos, cerca de 40%, o 3 700, prisioneros están cumpliendo esa sentencia a causa de un tercer delito que no fue ni violento ni grave. Una iniciativa que se puso a votación ante los votantes en 2004 buscaba eliminar de la lista de delitos de tres *strikes* los delitos no violentos relacionados con drogas y con la propiedad. Pero la medida fue rechazada, recibiendo poco menos de la mitad de los votos.*

Existe evidencia de que la ley de los tres *strikes* ha sido efectiva en California. Eric Helland y Alex Tabarrok realizaron un estudio econométrico sofisticado acerca del efecto disuasivo de la ley de los tres *strikes* y

descubrieron que “reduce significativamente las tasas de arrestos por delitos graves entre el tipo de delincuentes con dos *strikes*, entre 17 y 20%”.[†]

2. *Costos sociales del encarcelamiento*

Los costos sociales del encarcelamiento incluyen los costos directos de la construcción, el mantenimiento y la dotación de personal de las prisiones, y el costo de oportunidad de la pérdida de la productividad de las personas encarceladas. Por lo que toca a los costos directos, algunas estimaciones recientes los ubican por encima de los $40 000 por año para mantener a un prisionero en una prisión de máxima seguridad de los Estados Unidos.

Por lo que toca a los costos de oportunidad, los internos de las prisiones estadunidenses dedican la mayor parte de su tiempo a fabricar señales carreteras, lavar la ropa de otros, preparar alimentos, etc. Seguramente podrían encontrarse usos más productivos de su tiempo. Una propuesta, que el ex presidente de la Suprema Corte de Justicia Warren Burger ha llamado “fábricas con cercas”, consiste en que se invite a la industria privada a contratar prisioneros para la producción de bienes vendibles en el mercado. En la Prisión Estatal de Ática, en Nueva York, un taller de metales que fabrica archiveros obtuvo en 1984 un beneficio cercano a $1.3 millones. En Minnesota, la Stillwater Data Processing Inc. —una empresa privada no lucrativa— emplea a internos de una prisión de máxima seguridad como programadores de computadoras. En Illinois las prisiones de seguridad mediana producen y venden a menudo bienes valiosos tales como uniformes de bandas marciales estudiantiles. En Carolina del Norte, las reclusas trabajan como parte del personal que responde la línea telefónica estatal de turismo. Los reclusos tienen en alta estima esos empleos y compiten por ellos en términos del buen comportamiento. Sin embargo, los obstáculos legales limitan estos avances, como ocurre con una ley federal que declara ilegal la transportación de bienes elaborados en las prisiones en el comercio interestatal, y los estatutos del “uso estatal” que prohíben la venta de bienes elaborados en las prisiones a los gobiernos de la mayoría de los estados. Varios estados, deseosos de aprovechar la idea de las “fábricas con cercas”, han derogado sus estatutos del uso estatal.

¿Hay algún método más barato que el encarcelamiento para disuadir a los delincuentes? Un candidato que examinaremos más adelante es la utilización de multas. Otro es el uso de equipo de monitoreo de alta tecnología para aplicar las restricciones a los delincuentes que no estén en prisión. Por ejemplo, los términos de la libertad condicional pueden prohibir que un delincuente salga de cierta ciudad, y el delincuente puede ser obligado a presentarse ante su vigilante de la libertad condicional cada semana. En 1994, 40 000 delincuentes de los Estados Unidos estaban usando brazaletes en los tobillos que no se pueden

quitar y que emiten una señal que permite que la policía los localice. El costo diario del brazalete para las autoridades es de $10, o sea, una fracción del costo diario del encarcelamiento. Hoy día esos brazaletes están equipados con sistemas GPS, de modo que se puede hallar su ubicación exacta en todo momento.

3. *Reforma de las sentencias*

Dos reformas de las sentencias impuestas a los prisioneros causaron el gran incremento del número de prisioneros de los Estados Unidos que mencionamos antes. En 1980 la mayoría de los estados aplicaron un sistema llamado de "sentencia indeterminada". Según este sistema, el estatuto penal prescribía un término indefinido por cometer un delito particular, como el encarcelamiento "por no menos de cinco años, ni más de diez años". El juez tenía discreción para determinar la sentencia dentro de estos límites amplios. Una vez que el juez dictara la sentencia, el tiempo efectivamente purgado sería determinado por las autoridades de la prisión y por la junta de libertad condicional, dependiendo del comportamiento y del proceso de rehabilitación del prisionero.[35]

A mediados y finales de la década de 1980, las autoridades estatales y federales remplazaron este sistema de discreción judicial por un sistema de sentencias determinadas u obligatorias. Con este sistema, el estatuto penal prescribe una sentencia específica para un delito particular, digamos 15 años de prisión por cometer un delito *X*. El delincuente se vuelve elegible para la libertad condicional sólo después de haber purgado cierto tiempo fijo prescrito en el estatuto. A veces el juez lee la sentencia obligatoria en un cuadro. El lado vertical del cuadro enlista los delitos por su gravedad, desde la felonía menor hasta el asesinato de primer grado. A lo largo de la parte superior del cuadro, la historia del delincuente se somete a una escala que va de 0 (para quien delinque por primera vez) hasta 9 (para un delincuente de carrera violento). Las cifras del cuadro aumentan en severidad a medida que se avanza hacia abajo o la derecha. Los jueces tienen muy escasa discreción para alterar la sentencia.[36]

Mencionamos antes que el número total de prisioneros en los Estados Unidos aumentó a 2.4 millones en 2008. La razón principal de este incremento es la sentencia obligatoria para los narcotraficantes. Ahora, 60% del total de internos en prisiones federales y 20% del total de internos en prisiones estatales se encuentran allí acusados de narcotráfico. (Más adelante analizaremos los delitos de drogas.)

Por cumplir con los requerimientos de las sentencias obligatorias, los estados se están quedando sin espacio de prisiones y sin dinero. Por ejemplo, Texas tiene ahora 240 000 delincuentes en prisión, a un costo anual de $3 000 millones. A principios de la década de 1980 había 188 000, con un costo anual de $600 millones. La ley federal prohíbe que los estados hacinen más prisioneros en las mismas prisiones.[37] El Congreso ha tratado de ayudar a los estados

proveyéndolos de espacio de prisiones en ciertas condiciones.[38]

Prisiones lucrativas y fábricas con cercas

El gobierno de los Estados Unidos compra aviones de combate, servicios bancarios y atención hospitalaria a compañías privadas. ¿Por qué no pagar a compañías privadas para que encarcelen a los prisioneros? La motivación del beneficio impulsa a la reducción de costos, el control de calidad y la innovación tecnológica, lo que vuelve a las empresas privadas más eficientes que el Estado. Para ilustrar, la Corrections Corporation of America (CCA) construyó el centro de detención del Servicio de Inmigración y Naturalización de los Estados Unidos, en Houston, por la mitad del costo y un tercio del tiempo requeridos para la construcción de una instalación comparable por parte el gobierno. La CCA sostiene que sus costos son generalmente cerca de 6% menores que los de instalaciones similares operadas por organismos gubernamentales. Hoy día la CCA posee 40 instalaciones correccionales y administra un porcentaje de las prisiones en casi todos los estados y en más de una docena de municipios.

Otra compañía privada, la Behavioral Systems Southwest, encarcela de 600 a 700 prisioneros por día en hoteles y grandes casas que renta para un sistema de prisiones estatal. La compañía se ocupa sólo de prisioneros de bajo riesgo y se las arregla para detenerlos en sus instalaciones rentadas por cerca de $25 diarios, mientras que la detención en una instalación convencional cuesta de $75 a $100 diarios.

Ahora existe en los Estados Unidos sólo un puñado de prisiones de operación privada, pero los penalistas creen que la tendencia se incrementará. La Asociación John Howard, un grupo privado no lucrativo que cabildea en favor de los derechos de los prisioneros, no ha decidido si apoyará o no las prisiones privadas. La Asociación de Correccionales Estadunidense está adoptando también una actitud de expectativa. Sin embargo, la Asociación Nacional de Sherifes y la Federación Estadunidense de Empleados del Estado, el Condado y el Municipio, que representa a 40 000 empleados en centros correccionales, se oponen vigorosamente a la privatización. (¿Puede entender por qué?)

Ya hemos considerado (en el cuadro anterior) el funcionamiento y los efectos de las leyes de los tres *strikes*. La justificación económica de esta regla es ambigua. El encarcelamiento de un joven de 25 años a cadena perpetua costaría una suma de dinero fenomenalmente grande, probablemente mayor de un millón de dólares. Además, la retención en prisión de los reclusos más antiguos

es muy costosa y no ofrece gran beneficio social. Un estudio realizado en California reveló que los costos médicos anuales de los internos de 55 años y más podrían llegar a $100 000. Además, sólo 2% de los internos de más de 55 años que son liberados vuelve a ser arrestado.

En muchos estados el gasto penitenciario ha sustituido al gasto en atención a la salud como el componente del presupuesto del Estado de más rápido crecimiento. Para reducir ese gasto penitenciario, muchos estados están implementando reformas a las sentencias penales. Michigan, por ejemplo, ha abolido recientemente todas sus leyes sobre drogas con sentencia mínima obligatoria. Luisiana eliminó algunas sentencias obligatorias a favor de la condena discrecional y modificó su estatuto de "tres *strikes*" a fin de contar únicamente los delitos violentos como los primeros dos *strikes*. Mississippi abolió la libertad condicional discrecional en 1995 y en 2005 la trajo de vuelta para aquellos que cometan delitos no violentos por primera vez. Otros 18 estados han aprobado reformas similares de sus leyes condenatorias.

Prisiones versus *programas sociales*

La población carcelaria de los Estados Unidos aumentó casi cinco veces entre 1980 y 2008 —de 50 000 a casi 2.5 millones de personas—. En cuanto la prisión se convirtió en un castigo mucho más probable por la condena de un delito, disminuyó dramáticamente la cantidad de muchos delitos graves. La construcción y la operación de las prisiones son caras. La mejor estimación que tenemos es que los costos variables del encarcelamiento son de, aproximadamente, $50 000 anuales por prisionero. Debido a que esta sociedad ha aumentado tan rápidamente el número de reclusos, es posible que hayamos llegado al área de los rendimientos sociales marginales decrecientes del mayor encarcelamiento. Es decir, es posible que el costo social marginal del encarcelamiento de 100 prisioneros adicionales —alrededor de cinco millones— sea mayor que sus beneficios sociales (en términos del delito disuadido).

En un importante estudio reciente, John Donohue y Peter Siegelman calcularon el rendimiento social marginal del aumento del encarcelamiento y compararon ese rendimiento con el del gasto de una cantidad igual en programas de intervención social destinados a disuadir el delito. Su conclusión fue que el rendimiento social del encarcelamiento ha bajado hasta el punto de que la elasticidad del delito respecto del encarcelamiento es de aproximadamente 0.15.*

Esta cifra significa que, por ejemplo, un aumento de 10% en los gastos de encarcelamiento causaría una caída de 1.5% en la cantidad de delitos.

Una política económicamente informada que busque minimizar los costos sociales del delito debería tomar ésta y otras elasticidades en total

consideración. Por ejemplo, si tuviéramos evidencia sobre la elasticidad del delito con respecto al gasto en los programas sociales y en la policía, además de otras políticas de disuasión del delito, deberíamos asignar recursos para estas políticas de disuasión del delito para obtener la mayor reducción posible del delito por cada dólar invertido. Hay estimaciones que sugieren que la elasticidad del delito con respecto a los gastos en la policía es 20% mayor que la del encarcelamiento, lo que indica que la sociedad debería gastar menos en las prisiones y más en la policía. También hay estimaciones de que la elasticidad del delito con respecto al gasto en los programas de educación preescolar es significativamente mayor a -0.15, sugiriendo que la sociedad también debería transferir los recursos de las prisiones a los preescolares.

B. *Multas*

Es posible que el encarcelamiento de más personas durante periodos más largos no sea el método más eficiente para reducir el delito. Las multas constituyen una alternativa destacada para el encarcelamiento. En el capítulo anterior examinamos la teoría de las multas, de modo que aquí nos concentraremos en los beneficios y los problemas de implantar un sistema de multas para disuadir el delito.

El cuadro XIII.2 compara la utilización de las multas y el encarcelamiento en varias naciones de Occidente. Adviértase la utilización mucho mayor de las multas en Europa Occidental, y la mayor utilización del encarcelamiento en los Estados Unidos. ¿Cómo se explica la diferencia? Una explicación posible es que la población delincuente de los Estados Unidos difiere en formas significativas de la europea. Por ejemplo, es posible que los estadunidenses utilicen una pistola u otra arma peligrosa con mayor frecuencia, de modo que merecen un castigo más severo. Otra posibilidad es que un porcentaje mayor de la población delictiva estadunidense esté integrado por delincuentes reincidentes, para quienes el encarcelamiento puede ser la sanción preferida, mientras que los delincuentes europeos pueden tender a ser delincuentes por primera vez, para quienes las multas pueden ser la sanción preferida. Una tercera posibilidad es que los delincuentes europeos respondan a la amenaza del castigo en mayor medida que los delincuentes estadunidenses. Por lo tanto, las autoridades de este país deben utilizar castigos más severos para alcanzar el mismo nivel de disuasión que generan en Europa las sanciones menos severas. Por último, es posible que la diferencia se deba a la existencia de diferentes tradiciones filosóficas y culturales. Los europeos muestran una desconfianza del encarcelamiento[39] como método de disuasión, mientras que los estadunidenses muestran una desconfianza en las multas.[40]

La multa común en los Estados Unidos es una multa fija por delito, independiente de la riqueza del delincuente, con máximos absolutos establecidos en la ley. En cambio, muchos países europeos combinan el uso del sistema de multa fija por delito con una multa adicional (llamado sistema de "multa por día") que se proporciona al ingreso del delincuente. Con este sistema, el fiscal determina el ingreso diario obtenido recientemente por el acusado y recomienda que el acusado sea castigado, si resulta culpable, haciéndolo responsable de pagar ese ingreso diario multiplicado por cierto número de días. Por un delito trivial, como una infracción de tránsito, la cifra podría ser de un día. Por un delito grave, el número de días podría aumentar hasta un máximo de 120.[41] En lugar del pago inmediato del total de la multa por día, se permite que el condenado distribuya los pagos a lo largo de cierto periodo. La distribución del pago supera el problema de que las multas pueden ser grandes en relación con el ingreso o la riqueza.

CUADRO XIII.2. *Castigos comparados para delitos tradicionales seleccionados, 1977*

País/ jurisdicción	*Total de acusados seleccionados*	*Porcentaje del total de acusados*	*Encarcela-miento*	*Sólo multa*	*Todos los demás*
Inglaterra, Gales	293 580	69%	14%	56%	30%
Alemania	191 329	77%	10%	77%	13%
Suecia	29 121	67%	13%	43%	44%
Tribunales Federales de Distrito de los Estados Unidos	16 057	56%	39%	5%	56%
Tribunal Superior de Washington, D. C., 1974	1 847	38%	32%	4%	64%

El cuadro y la información textual anexa provienen de Robert Gillespie, "Sanctioning Traditional Crimes with Fines: A Comparative Analysis", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 5, 1981, p. 197.

PREGUNTA XIII.9

La competencia entre los vendedores mejora la calidad de los bienes para los consumidores. ¿Podría funcionar este mecanismo para la oferta privada de prisiones?

PREGUNTA XIII.10

¿Cómo contribuyen el pleno empleo y los salarios elevados al poder de las multas como una disuasión?

4. PENA DE MUERTE

El máximo castigo es la muerte. En los últimos años, muchos países han abandonado esta sanción, y las ejecuciones cesaron virtualmente en los Estados Unidos durante la década de 1960 y han sido muy poco usuales en la primera década del siglo XXI. En 1972 la Suprema Corte decidió que la pena de muerte era inconstitucional cuando se aplica "en forma caprichosa y discriminatoria".[42] Esta decisión de la Corte provocó la hostilidad de los votantes de algunos estados, y muchos legisladores respondieron introduciendo una legislación para revivir la pena capital. Después de 1972 las legislaturas estatales enmendaron sus leyes de pena de muerte para cumplir con la decisión de la Suprema Corte y permitir así las ejecuciones por los delitos más graves. En 1976, la Suprema Corte sostuvo la constitucionalidad de tres leyes estatales revisadas sobre la pena capital.[43] Actualmente, 37 estados y el gobierno federal tienen leyes de pena capital; 12 estados y el Distrito de Columbia no las tienen.[44] Entre 1976 y 2008, hubo en los Estados Unidos 1 224 ejecuciones de delincuentes, un promedio de aproximadamente 37 personas al año. Hubo 53 personas ejecutadas en 2006, todas ellas hombres. Las ejecuciones tuvieron lugar en 14 estados: 24 en Texas, cinco en Ohio, cuatro en Florida, Oklahoma, Carolina del Norte y Virginia, y una en cada estado: Indiana, Alabama, Mississippi, Carolina del Sur, Tennessee, California, Montana y Nevada. Todos excepto uno murieron por inyección letal. El número de prisioneros en el pabellón de la muerte al final de 2005 era de 3 254. Ése fue el quinto año consecutivo en que la cifra ha caído.[45] En 2008 hubo 3 275 prisioneros en el pabellón de la muerte. En 2009 hubo 51 ejecuciones de prisioneros; las cuales tuvieron lugar en 12 estados. En 2009, todas las ejecuciones, excepto una, fueron por inyección letal, la otra fue por electrocución. En Utah, un prisionero murió por fusilamiento en 2010.

Sin embargo, ha habido algunos acontecimientos interesantes en la aplicación de la pena capital en los Estados Unidos. Desde que se restableció la pena de muerte en 1976, el año pico fue 1999, cuando hubo 98 ejecuciones. Resulta interesante observar que la mitad de las nuevas condenas a muerte en los últimos años provienen sólo de cuatro estados: Texas, California, Florida y Carolina del Norte. Y sólo dos estados —Oklahoma y Texas— reúnen la mitad de las ejecuciones en los últimos años. Desde 1999 ha venido disminuyendo la lista de condenados a muerte en todos los estados. En efecto, en 2002 disminuyó, por primera vez en una generación, el número de prisioneros en la lista de condenados a muerte. Estas cifras podrían indicar una tendencia importante en la opinión pública estadunidense. Aunque el apoyo público para la pena de muerte es todavía fuerte (en 65% de los entrevistados en 2006, cifra menor al 75% de mediados de la década de 1980), ese apoyo ha bajado desde 80% a mediados de la década de 1990. Y más de 50% de los estadunidenses creen que la pena de muerte no se administra justamente. Hoy día sólo 30% de los estadunidenses considera que la pena de muerte disuade los homicidios, cifra menor al 60% de 1985.

Una razón para esta disminución del apoyo son las dramáticas revelaciones, hechas a mediados y finales de la década de 1990, de hombres en la lista de espera de las ejecuciones que eran en realidad inocentes. Desde 1976 ha habido un total de 304 reclusos condenados que fueron exonerados, con base principalmente en pruebas empleando técnicas de ADN novedosas. A fines de la década de 1990 sólo el estado de Illinois liberó a 13 personas que habían sido sentenciadas a muerte erróneamente por homicidios que no cometieron.[46] A principios de enero de 2003, el entonces gobernador de Illinois, George Ryan, perdonó a otros cuatro reclusos de Illinois que estaban en la lista de condenados a muerte y que en su opinión habían sido condenados erróneamente. El último día de su mandato, el gobernador Ryan conmutó las sentencias de muerte de todos los 163 hombres y cuatro mujeres que estaban en la lista de condenados a muerte por sentencias de cadena perpetua.[47]

La literatura sobre la economía de la pena capital se concentra en la cuestión empírica de si las ejecuciones disuaden o no los homicidios. El debate se ha centrado en cuestiones estadísticas, tales como la especificación del modelo que deberá estimarse o la adecuación de los datos. En esta sección reseñaremos esta literatura y obtendremos algunas conclusiones tentativas acerca del efecto disuasivo de la pena capital.

NOTA WEB XIII.4

Los dramáticos hallazgos de la condena de personas inocentes han hecho que varios estados, incluido Illinois, revisen los procedimientos por medio de los cuales los tribunales imponen la pena de muerte. Consulte nuestro sitio web para conocer más acerca de nuevos procedimientos e información adicional y conexiones con artículos acerca de las condenas erradas. Véase también Scott Turow, *Ultímate Punishment: A Lawyer's Reflections on Dealing with the Death Penalty*, Picador, Nueva York, 2003.

A. *Efecto disuasivo de la pena capital*

El sociólogo Thorsten Sellin realizó el primer gran estudio del efecto disuasivo de la pena de muerte.[48] Sellin utilizó cuatro pruebas para detectar dicho efecto. Primero, comparó las tasas de homicidio en estados adyacentes que tenían y no tenían la pena de muerte. No descubrió ninguna diferencia en las tasas de homicidios entre estos estados adyacentes, de modo que infirió que la pena de muerte no tenía ningún efecto disuasivo. Segundo, Sellin comparó las tasas de homicidios dentro del mismo estado antes y después de la abolición o la restauración de la pena de muerte. No descubrió ninguna diferencia significativa en tales tasas, dependiendo de la situación legal de la pena de muerte. Tercero, Sellin examinó las tasas de homicidios en las ciudades donde habían ocurrido ejecuciones con mucha publicidad. No había ninguna diferencia en las tasas justo antes y justo después de las ejecuciones. Por último, Sellin examinó las

tasas de muertes de policías en estados que tenían y los que no tenían la pena de muerte por el asesinato de un policía. La tasa a la que los policías eran asesinados era la misma independientemente de que ese estado ejecutara o no a los asesinos de policías.[49] La conclusión general de Sellin, fundada en estas cuatro pruebas, fue que la pena de muerte no disuade los homicidios.

Castigos probabilísticos:
buena economía, mala ley

A la mayoría de la gente no le gusta arriesgarse con apuestas muy grandes, como sus vidas. El sistema legal clásico de China aprovechó este hecho para disuadir a los delincuentes en una forma barata y eficaz.* En principio, gran número de delitos se castigaban con la muerte en la China imperial. En realidad, pocos delincuentes de familias nobles eran ejecutados, pero muchos eran amenazados con la ejecución. Los delincuentes condenados por delitos capitales debían pasar por una serie de ritos que se traducían en ejecuciones aleatorias. En el último rito se escribían en un pergamino los nombres de todos los condenados de un delito capital y el pergamino se presentaba anualmente al emperador. El emperador tomaba una brocha roja y la pasaba por el pergamino. Quienquiera cuyo nombre fuera tocado por la tinta roja, que era una fracción de los nombres escritos en el pergamino, era ejecutado. Quienquiera que se librara de ese rito varias veces quedaba en libertad. La ventaja principal de este sistema era que muchas personas podrían ser disuadidas de cometer delitos graves sin que se ejecutara efectivamente a muchas personas, y sin un costo importante para el Estado. El riesgo es barato, el castigo eficaz.

Sin embargo, la opinión pública se ha vuelto decisivamente contra los castigos aleatorios, como lo ilustró de manera dramática un tristemente célebre caso de Nueva York. Luego de que un delincuente fue condenado por una felonía, el juez explicó que lanzaría un volado para determinar si el joven sería dejado en libertad o sentenciado a prisión. Estos hechos fueron conocidos por los periódicos, lo que generó un escándalo, y el juez fue finalmente destituido por mala conducta y se prohibió que volviera a ser juez en Nueva York.[†]

PREGUNTA XIII.11

¿Cuáles son las principales fuentes de la aleatoriedad en el sistema de justicia penal contemporáneo?

PREGUNTA XIII.12

¿Crees que esta aleatoriedad desalienta o alienta al delito?

El estudio más famoso del efecto de disuasión de la pena capital fue el de Isaac Ehrlich, un economista.[50] Ehrlich, siguiendo el modelo de Becker que exploramos en el capítulo anterior, supuso que el homicida potencial equilibrara el castigo esperado con el beneficio esperado. Consideró ciertas variables económicas y sociales en la medida del beneficio del homicidio para el asesino. Incluyó datos sobre la tasa de desempleo, la tasa de participación en la fuerza de trabajo, el nivel de la riqueza, la composición de la población por edades y por razas.[51]

Ehrlich postuló que los costos del homicidio esperados por el delincuente dependen de tres variables: la probabilidad de ser arrestado por el delito (medida por el número total de arrestos por homicidio dividido por el número total de los homicidios reportados), la probabilidad de ser condenado por homicidio (medida por el número total de las condenas por homicidio dividido por el número total de los arrestos por homicidio), y la probabilidad de la ejecución si hay una condena (medida por el número total de las ejecuciones dividido por el número total de las condenas por homicidio). Ehrlich predijo una relación inversa entre cada una de estas tres probabilidades y las tasas de homicidio.

Utilizando datos de series de tiempo para los Estados Unidos en el periodo de 1933-1969, Ehrlich concluyó que la tasa de homicidio se correlacionaba en forma negativa y significativa con cada una de las tres medidas de la disuasión. El modelo de Ehrlich predecía también que el efecto de disuasión más fuerte sobre los homicidios surgiría de un aumento de la probabilidad del arresto; luego seguiría un incremento de la probabilidad de la condena, y finalmente un incremento de la probabilidad de la ejecución. Los datos confirmaron sus predicciones acerca de la fuerza relativa de cada una de estas variables. La más dramática de sus conclusiones fue que una ejecución adicional por año se traduciría en siete u ocho homicidios menos por año.[52]

Los críticos descubrieron dos deficiencias estadísticas en el estudio de Ehrlich. Primero, en su modelo del comportamiento, las tasas de homicidio podrían ser una función lineal de las variables independientes, una función multiplicativa, una función logarítmica o alguna otra función. Ehrlich no ofreció ninguna razón persuasiva para la forma funcional particular con la que estimó su regresión; sin embargo, el cambio de la forma funcional cambiaba sus resultados.[53]

Segundo, los resultados de Ehrlich son demasiado sensibles al periodo en que se hicieron las estimaciones. Recuérdese que el estudio original de Ehrlich cubrió el periodo de 1933-1969. En los últimos siete años de ese periodo, el número de las ejecuciones bajó aceleradamente, de 47 en 1962 a dos en 1967 y a cero en 1968 y 1969. Durante esos mismos siete años, las tasas delictivas aumentaron marcadamente. Estos hechos aconsejaban la exclusión del periodo de 1962-1969 de los datos utilizados en la regresión. John Taylor y Peter Passell rehicieron el estudio de Ehrlich, excluyendo el periodo de 1962-1969, y

descubrieron que desaparecía la significación estadística de la relación de disuasión entre el número de ejecuciones y el número de homicidios.[54]

Además de estos problemas estadísticos, los críticos identificaron un sutil problema teórico. Ehrlich descubrió que el número de los homicidios era una función inversa de la probabilidad de ser condenado por homicidio, lo que implica que, entre mayor sea la tasa de condenas por homicidio, menor será el número de homicidios. Supongamos que los jurados saben que, si condenan a un acusado por homicidio, serán muy elevadas las probabilidades de la ejecución. Es posible que los jurados se resistan a condenar por homicidio en primer grado. Si así ocurre, podría resultar el siguiente comportamiento paradójico: la mayor utilización de la ejecución como el castigo de ciertos homicidios podría generar menos condenas. Esto reduciría el efecto disuasivo de la pena capital y las condenas contra los homicidas subsecuentes.

Hay algunas pruebas de que precisamente este tipo de relación ocurrió en Gran Bretaña. Antes de abolir la pena de muerte en 1965, los jueces británicos tenían menos discreción que los jurados y los jueces estadunidenses para evitar la sentencia de ejecución contra los acusados culpables de un homicidio en primer grado. Los acusados declarados incapaces no podían ser ejecutados. El porcentaje de los asesinos británicos que fueron declarados incapacitados era mucho mayor que en los Estados Unidos antes de 1965. Como sería de esperarse, el número de homicidas británicos declarados incapacitados bajó dramáticamente después de 1965, cuando se abolió la pena de muerte. No hubo ninguna mejora repentina y marcada en la salud mental de la clase delincuente británica. Más bien, los jueces británicos se resistían a condenar a muerte a los homicidas declarados culpables antes de 1965.

El profesor Richard Lempert, utilizando esta idea de la conexión existente entre la condena y la renuencia a la ejecución, estimó de nuevo el modelo de Ehrlich y descubrió que un aumento de la utilización de la pena de muerte habría disminuido 17% la probabilidad de que un homicida fuera condenado.[55]

Después de un periodo de calma en los estudios del efecto disuasivo de la pena capital a mediados y finales de la década de 1980 y gran parte del decenio de 1990, ha habido una serie de nuevos estudios en la primera parte de este siglo. ¿Por qué? En parte porque ha habido una gran cantidad de experiencia adicional y, por lo tanto, más información para realizar pruebas econométricas. En parte se debe también a las experiencias tan diferentes de diversos estados que cuentan con pena de muerte en los últimos 20 años, aproximadamente (tales diferencias se señalan al principio de este capítulo). Por ejemplo, algunos estados como Illinois han tenido retrasos en las ejecuciones, lo cual, en teoría, podría derivar en un aumento en los homicidios si es que la pena capital, en efecto, tiene un efecto disuasivo. Además, el desarrollo de nuevas y más poderosas técnicas empíricas es otra razón para llevar a cabo nuevos estudios.

Algunos de los nuevos estudios han encontrado un efecto significativo,

mientras que otros no han encontrado un efecto disuasivo significativo de la pena capital. Por ejemplo, Lawrence Katz, Steven D. Levitt y Ellen Shustorovich no encontraron pruebas de un efecto disuasivo de la pena capital. En efecto, ellos esperan que no haya ningún efecto por encontrar por la sencilla razón de que hay muy poca fluctuación en la cifra anual de ejecuciones, mientras que la cifra anual de homicidios varía ampliamente.[56] En cambio, en el análisis de información de una serie de tiempo de 1960 a 2000, Dezhbakhsh y Shepherd encontraron una relación casual negativa estadísticamente significativa entre la pena capital y la tasa de homicidios. De hecho, el efecto disuasivo que ellos hallaron fue de gran magnitud: 150 homicidios menos como resultado de cada ejecución.[57] Anteriormente, utilizando un conjunto diferente de información, Dezhbakhsh, Rubin y Shepherd también descubrieron un efecto disuasivo, con la disuasión de 18 homicidios subsecuentes por cada ejecución.[58] Por último, Mocan y Gittings, usando información mensual a nivel condado, que abarca de 1977-1997, encontraron que al tomar en cuenta las conmutaciones, ejecuciones y las tasas delictivas, cada ejecución disuadió cinco homicidios posteriores y cada conmutación causó cinco homicidios posteriores.[59]

Estos nuevos estudios inspiraron a John Donohue y a Justin Wolfers para realizar un estudio detallado de la nueva literatura sobre el efecto disuasivo de la pena de muerte.[60] Ellos resaltan dos piezas de evidencia anecdótica pero contundente que sugiere que no hay una relación causal entre las ejecuciones y la tasa de homicidio. La primera tiene que ver con una comparación entre las tasas de homicidios de Canadá y las de Estados Unidos. La tasa canadiense es de alrededor de un tercio de la estadunidense, pero ha fluctuado a la alta y a la baja en los últimos 50 años en una imitación inusual de las fluctuaciones en las tasas de homicidios de los Estados Unidos y, sin embargo, Canadá no ha tenido ejecuciones desde 1962.

La segunda tiene que ver con una comparación de las tasas de homicidios entre aquellos estados que tienen pena de muerte y aquellos que no. "Hay seis estados que no han tenido la pena de muerte en sus registros en ningún punto de nuestro muestreo de 1960 a 2000... De nuevo, el descubrimiento más asombroso es el co-movimiento estrecho de las tasas de homicidios en estos dos grupos de estados."[61]

Donohue y Wolfers concluyen que los nuevos estudios no forman un caso convincente para el efecto disuasivo de la pena de muerte.

B. *Costos sociales de la pena capital*

Mientras que todavía se ignora el efecto preciso de disuasión de la pena capital —el beneficio social de la pena de muerte—, no hay duda alguna sobre los elevados costos administrativos de la pena capital. Por lo general, la selección del jurado es más difícil porque las leyes estatales permiten que tanto la fiscalía como la

defensa interroguen a más jurados. Un estudio reciente de los casos de pena capital en California reveló que la selección del jurado en tales casos duraba en promedio 13 días, mientras que en los demás casos duraba en promedio tres días.

Una vez seleccionado el jurado, el juicio mismo es mucho más caro en un caso de pena capital que en uno de otro tipo. Tanto la fiscalía como la defensa formulan argumentaciones más complicadas y completas. Una estimación reciente sugiere que un caso de pena capital le cuesta a la fiscalía un promedio de dos millones. Asimismo, el juicio de pena capital se divide típicamente en dos juicios: uno para determinar la culpabilidad y el otro para fijar la pena. Las salvaguardias que se han establecido en la fase de castigo del juicio son tan meticulosas que no es raro que esa fase dure casi tanto como el juicio para determinar la culpabilidad.

Por último, los procedimientos legales posteriores a la condena se han vuelto meticulosos y caros en los casos de muerte. La mayoría de los estados requieren una revisión automática de todos los casos de pena capital por el tribunal más alto del estado. Esta revisión no es sólo directamente cara para la fiscalía y la defensa, sino que también desvía los escasos recursos judiciales del tribunal estatal de última instancia de otras actividades apremiantes. Y, por supuesto, los descubrimientos recientes de condenas erradas en casos de pena capital han encarecido más que nunca los juicios y las apelaciones posteriores a la condena (sin duda correctamente).

Aun excluyendo el proceso de apelación, los costos de la pena de muerte son elevados para el Estado. El encarcelamiento de quienes están en espera de la ejecución cuesta el doble que el encarcelamiento de la población carcelaria normal. Los internos que esperan la ejecución requieren una seguridad y una supervisión más minuciosas. No pueden ser empleados en las empresas carcelarias habituales, de modo que hacen una contribución escasa a los ingresos de la prisión. Dada la tensión extrema, los costos médicos y psiquiátricos de los internos son elevados cuando esperan la ejecución.

C. *Conclusión sobre la disuasión y la pena capital*

Las pruebas estadísticas no apoyan la firme convicción de que las ejecuciones disuaden los homicidios. Es posible que jamás lleguemos a obtener conclusiones estadísticas irrefutables.[62] La separación del efecto de las ejecuciones y el efecto de otras variables requiere buenos datos sobre gran número de casos, cuya recolección podría resultar muy difícil. Además, los estados restringen las ejecuciones a un grupo tan pequeño de homicidas, que los estadísticos tienen pocos datos para el análisis. Por último, el descubrimiento reciente de gran número de casos en los que se impuso erróneamente la pena de muerte a hombres inocentes ha resultado muy perturbador.

La discriminación racial y la pena de muerte

¿Influye decisivamente la raza del acusado sobre la probabilidad de la pena capital? Un estudio realizado por Wolfgang y Amsterdam, de 3 000 condenas por violación en 11 estados sureños entre 1945 y 1965, reveló que la ejecución de afroamericanos condenados por violación era extraordinaria (13%). Sin embargo, también reveló que los negros tenían siete veces más probabilidades de ser ejecutados que los blancos condenados por el mismo delito, y que un hombre negro que hubiese violado a una mujer blanca tenía 18 veces más probabilidades de ser ejecutado que cuando la víctima y el victimario formaban cualquier otra combinación de razas. Estos hechos son congruentes con la hostilidad tradicional de algunos blancos sureños contra las relaciones sexuales entre hombres negros y mujeres blancas. Una comparación similar de las ejecuciones de negros y blancos por los mismos delitos en el Norte generó una prueba mucho menos firme de las diferencias raciales.

En el caso del homicidio se llegó a una conclusión diferente. Para el periodo de 1930-1967, el asesinato de una persona negra por otra persona negra tenía ligeramente menos probabilidades de conducir a la ejecución del asesino que el asesinato de una persona blanca por otra persona blanca. Para el periodo de 1967-1978 las estadísticas revelaban claramente que los negros tenían menos probabilidades de ser sentenciados a muerte que los blancos.

PREGUNTA XIII.13

Los partidarios y los oponentes de la pena capital niegan que sus creencias dependan de la presencia o ausencia de efectos disuasivos;[63] sin embargo, el estudio de Ehrlich provocó intensos debates y emociones. ¿Qué dicen estos hechos acerca de la contribución de la econometría al derecho penal?

PREGUNTA XIII.14

En el siglo XVIII los prisioneros no sólo eran ejecutados, sino también azotados, marcados y mutilados. ¿Puede sugerir algunas razones económicas por las que muchos estados modernos han eliminado estos castigos, conservando sólo las multas, la prisión y la libertad condicional?

Detrás de tales estadísticas se encuentra un hecho simple: la representación excesiva de los negros entre los delincuentes que cometen delitos capitales garantiza que la pena capital conducirá a la ejecución de negros en una proporción mayor que la de la población en general. Este hecho, por sí solo, hará que se acuse de racismo a la pena capital en los debates políticos futuros.[64]

Una de las explicaciones populares del aumento de la delincuencia es el aumento en el abuso de drogas. El uso de drogas adictivas tales como la heroína, la cocaína "crack" y el polvo de ángel (PCP) contribuye al delito en tres formas. Primero, algunos drogadictos necesitan cometer delitos para generar ingresos. Su hábito es tan debilitante que son incapaces de mantener empleos legítimos, o no pueden ganar lo suficiente para pagar las drogas. Segundo, quienes se encuentran bajo la influencia de las drogas, como quienes se encuentran bajo la influencia del alcohol, pueden sentir mayor valor para cometer delitos al disminuir sus inhibiciones y aumentar la volatilidad de su carácter. Cerca de 70% de los arrestados en todas las grandes ciudades estadunidenses por robo, delitos con armas y asaltos dieron positivo en las pruebas de heroína, cocaína o PCP. Tercero, el narcotráfico puede ser un negocio lucrativo y, por lo tanto, un negocio que vale la pena proteger contra la competencia. Los narcotraficantes cometen delitos violentos contra quienes tratan de entrar a sus mercados. El uso de drogas contribuye mucho al monto de la delincuencia, de modo que un instrumento para la minimización de los costos sociales del delito es minimizar el uso de drogas adictivas. Ya hemos visto que un porcentaje muy alto de casi 2.5 millones de personas en las cárceles y prisiones de los Estados Unidos están ahí por delitos de drogas.

A. *Castigo de la venta de drogas*

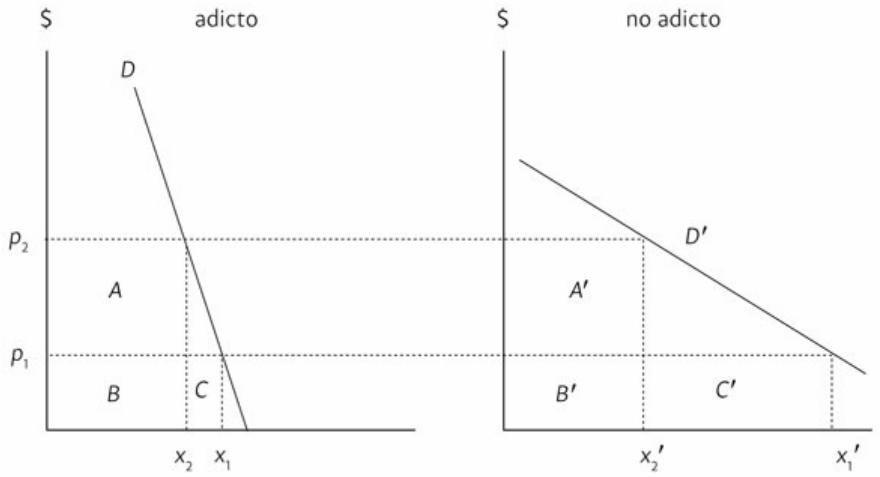
La política pública actual de los Estados Unidos trata de romper la conexión existente entre el uso de las drogas adictivas y el delito reduciendo la oferta y la demanda de tales drogas. Un procedimiento para la reducción de la oferta y el uso de drogas ilegales consiste en incrementar el castigo esperado por la venta o el uso de tales drogas. Algunos proveedores abandonarán el negocio de la provisión de drogas para dedicarse a actividades legítimas, menos riesgosas. Al mismo tiempo, el aumento del precio del mercado provocado por la restricción de la oferta podría hacer que los consumidores compraran menos drogas.

Algunos economistas han sostenido que esta política es incorrecta porque sus premisas fácticas son incorrectas. Los críticos arguyen que la demanda de drogas de los adictos es inelástica. Por lo tanto, una restricción de la oferta y el aumento resultante del precio de mercado de las drogas ilegales no hará que los adictos disminuyan significativamente su consumo. Por el contrario, hará que aumente la cantidad del delito en que se especializan para obtener el mayor ingreso que necesitan para sostener sus hábitos.

La gráfica XIII.1 describe este argumento. Se divide en dos paneles que representan dos clases de usuarios de drogas. El panel de la izquierda indica la demanda de drogas de los adictos, representada por *D*. El panel de la derecha indica la demanda de drogas de los no adictos, denotada por *D*'. Llamamos "no

adictos" a los usuarios ocasionales que no dependen físicamente de las drogas. La gráfica XIII.1 muestra las consecuencias de una campaña exitosa para prohibir las drogas y castigar a proveedores y usuarios. Antes de la campaña, el precio de las drogas es p_1, lo que conduce al uso de drogas por parte de adictos y no adictos denotado por x_1 y x'_1, respectivamente. Después de la campaña contra las drogas, el precio aumenta a p_2. El precio incluye el precio monetario y también el equivalente monetario del riesgo del castigo causado por comprar drogas ilegales. Al precio p_2, los adictos usan x'_2 de drogas. El hecho de que x_2 no sea mucho menor que x_1 indica que la demanda de los adictos es inelástica. Al precio p_2, los no adictos usan x'_2 de drogas. El hecho de que x'_2 no sea mucho menor que x'_1 indica que la demanda de los no adictos es elástica. Al precio p_2, los no adictos usan x'_2 de drogas. El hecho de que x'_2 sea mucho menor que x'_1 indica que la demanda es elástica. Elevar el precio de las drogas, de p_1 a p_2, tiene escaso efecto sobre el uso de drogas por parte de los adictos y un gran efecto sobre los no adictos.

GRÁFICA XIII.1. *Mercados y precio de las drogas*



Consideremos ahora los efectos del aumento del precio sobre los gastos en drogas. Los adictos compran x_1 de drogas al precio bajo de p_1, lo que se traduce en gastos totales de $p_1 \times x_1$, como lo indican las áreas $B + C$ de la gráfica XIII.1. Después de la campaña en contra de las drogas, los adictos compran x_2 de drogas al precio bajo de p_2, lo que se traduce en gastos totales de $p_2 \times x_2$, como lo indican las áreas $A + B$ de la gráfica XIII.1. Por lo tanto, la campaña causa un gran aumento de los gastos en drogas por parte de los adictos, específicamente un aumento de A - C. Los gastos totales aumentan porque los adictos continúan comprando casi la misma cantidad de drogas y pagando un precio mucho mayor. En consecuencia, los adictos necesitarán mucho más dinero para comprar

drogas, y gran parte de ese dinero provendrá de los delitos contra la propiedad. Por lo tanto, las políticas públicas que elevan el costo de las drogas para los adictos pueden causar más delitos, no menos. (La campaña contra las drogas, que eleva sus precios, hace también que los gastos totales de los no adictos disminuyan en *A*' - *C*'.)

Este análisis revela un dilema: las políticas públicas que elevan el precio de las drogas tienen el buen efecto de reducir su uso entre los no adictos. Supuestamente, el hecho de que los no adictos usen menos drogas implica que cometerán menos delitos, y también que menos no adictos se volverán adictos. Sin embargo, las políticas públicas que elevan los precios de las drogas tienen el efecto malo de aumentar sustancialmente los gastos en drogas entre los adictos. El mayor gasto en drogas por parte de los adictos implica que cometerán más delitos a fin de obtener más dinero para las drogas.

La respuesta obvia a estos hechos consiste en tratar de obtener lo mejor de ambos mundos, aumentando el precio para los no adictos y no aumentando el precio para los adictos. En otras palabras, la respuesta obvia es una política para las drogas que discrimine en los precios de las drogas entre adictos y no adictos. La discriminación exitosa de los precios hace que los adictos de la gráfica XIII.1 enfrenten el precio bajo p_1 y los no adictos enfrenten el precio alto p_2. Tal como se implementa esta política en el Reino Unido y otros países, los adictos pueden someterse a exámenes médicos y registrar sus adicciones. Una vez registrados, pueden comprar drogas baratas legalmente con una receta médica, así como las personas obtienen drogas medicinales con una receta de un médico. En consecuencia, los adictos obtienen una oferta segura de drogas que es suficiente para mantener sus hábitos. Sin embargo, los no adictos (o los adictos no registrados) no pueden conseguir drogas legalmente en las farmacias, sino que tienen que comprar drogas ilegalmente a precios mucho mayores.

Hemos analizado un sistema de venta de drogas adictivas por prescripción que crea una discriminación de precios entre los adictos y los no adictos. Adviértase que la discriminación de precios en este sistema opera en la dirección opuesta a la de la discriminación de precios practicada por las compañías que maximizan sus ganancias. El sistema de las prescripciones trata de bajar el precio de las drogas adictivas para los consumidores que tienen una demanda inelástica (los adictos), mientras que las compañías maximizadoras de las ganancias tratan de elevar el precio de sus productos para los consumidores que tienen una demanda inelástica.

El análisis anterior simplifica la realidad haciendo una marcada distinción entre los adictos y los no adictos. La realidad es más continua de lo que sugiere la clara distinción del lenguaje. El punto importante del análisis es reducir el precio para los usuarios de las drogas con una demanda inelástica, a fin de reducir el daño que ocasionan. De este modo, en un experimento suizo reciente se suministraba heroína gratis a los adictos quienes incrementaban enormemente

sus dosis diarias; y sin embargo, incrementaron considerablemente su participación en trabajos legítimos y redujeron significativamente sus conductas delictivas que generaban ingresos.[65]

B. *Supresión e interdicción*

En la sección anterior criticamos las políticas que tratan de aumentar el castigo esperado para los vendedores de drogas ilegales. Consideremos ahora el fracaso de las políticas que tratan de suprimir la producción de drogas y prohibir la importación de drogas.

Primero, consideremos los esfuerzos que se han hecho para limitar la producción de drogas ilegales en el extranjero. En la década de 1970 el gobierno de los Estados Unidos trató de erradicar la producción de opio en Turquía, que era a la sazón la fuente de la mayor parte del opio crudo que finalmente se convertía en heroína para el mercado estadunidense. El programa tuvo un éxito moderado en Turquía, pero México empezó a cultivar opio y rápidamente se convirtió en el proveedor de 80% del mercado estadunidense. El gobierno de los Estados Unidos emprendió luego un programa de erradicación en México, pero la producción simplemente se trasladó a otra parte. Es muy grande la probabilidad de que estos programas fracasen. Los ciudadanos estadunidenses demandan cerca de seis toneladas de heroína por año. La elaboración de esa cantidad de heroína requiere cerca de 60 toneladas de opio, que equivalen a 2 o 3% del total de la producción ilícita de opio en el mundo cada año. El mercado mundial del opio y la heroína es demasiado grande, y la producción es demasiado flexible, para que los Estados Unidos suprima la heroína.

También ha fracasado el intento de restringir la importación de drogas ilegales.[66] Pequeñas cantidades de estas drogas son tan valiosas que decenas de miles de dólares pueden ocultarse fácilmente en el equipaje personal de las aerolíneas comerciales. Las autoridades no pueden monitorear eficazmente a los millones de personas que llegan a este país en aerolíneas comerciales. Cuando se bloquea una ruta, los proveedores se trasladan fácilmente a rutas privadas rurales alternativas. Además, los proveedores de drogas contrabandean por barco en puertos remotos o por avión en pistas de aterrizaje rurales privadas. Un artículo reciente sobre un estudio concluye que: "es difícil imaginar un esfuerzo más agresivo para reducir el suministro que el que hemos experimentado, y aun así una encuesta entre estudiantes muestra que las drogas son de fácil acceso en las escuelas, y los precios de la heroína y la cocaína han caído a cerca de un tercio de sus niveles de 1981 después de controlarse por la inflación".[67]

C. *Legalización*

Estas políticas dudosas contra las drogas son muy caras. Durante la década de

1980 los gastos federales en la aplicación de las leyes contra las drogas se triplicaron al pasar de $1 000 millones por año a más de $3 000 millones por año, y a principios de la década de 1990 llegaban a $6 700 millones por año. Aunque es difícil definir esta cantidad de manera precisa, la mejor evidencia disponible (la de Jeffrey A. Miron y Katherine Waldock, "The Budgetary Impact of Ending Drug Prohibition", 2010) es que para 2010 todos los niveles de gobierno de los Estados Unidos gastaron más de $41 000 millones por año para erradicar las drogas ilegales. Además, Miron y Waldock estiman que, actualmente, la legalización de las drogas ilegales incrementaría los ingresos tributarios para todos los niveles de gobierno de los Estados Unidos por casi $47 000 millones al año. Por lo tanto, los costos totales para la sociedad de los Estados Unidos de nuestro régimen actual de supresión de drogas recreativas es de aproximadamente $88 000 millones por año —en los gastos directos de $41 000 millones en la supresión y la ejecución y el costo de oportunidad de los ingresos fiscales no percibidos de $47 000 millones—.

Hay una fuerte justificación económica para la legalización de las drogas, pero se puede escoger entre un gran conjunto de políticas de legalización. En un extremo se encuentra la legalización casi sin ningún control gubernamental. En el otro extremo se encuentra el control gubernamental total de la producción y la venta de drogas. En medio hay muchas posibilidades, tales como el otorgamiento de licencias de producción y consumo, la prohibición de la venta a menores, las regulaciones del tiempo, la manera y el lugar del consumo y la venta, programas más extensos de ayuda a los adictos, y el aumento de la educación sobre los peligros del abuso de las drogas.[68]

Una comparación de las drogas y el alcohol sugiere una alternativa para las actuales políticas ineficaces. En los Estados Unidos el alcohol es la causa directa de 80 000 a 100 000 muertes por año y un factor contribuyente en otras 100 000. Más de la tercera parte del total de los delitos graves que conducen al encarcelamiento en prisiones estatales se relacionan con el abuso del alcohol. Se estima que hay en los Estados Unidos 20 millones de alcohólicos o de personas que abusan del alcohol. Se estima que el costo social anual del abuso del alcohol en los Estados Unidos excede de $100 000 millones. El tabaco tiene costos sociales similares. Cerca de 320 000 personas mueren cada año por el consumo de tabaco. En cambio, en 1985 sólo murieron 3 562 personas por el uso de todas las drogas ilegales. El total de los costos sociales de las drogas ilegales son sólo una fracción de los costos sociales impuestos por el alcohol y el tabaco.

A pesar del daño causado por el alcohol, en la década de 1920 fracasó el experimento estadunidense de penalización de su uso. Para ilustrar, durante la época de la "prohibición" se elevó la tasa de homicidios a niveles comparables a aquellos entre los traficantes de drogas a finales de la década de 1980. Luego se desplomó la tasa de homicidios cuando se despenalizó el alcohol y el Estado lo reguló, debido sobre todo a la terminación de las "guerras del alcohol". Mientras

que el alcohol causa delitos, parece ser que su prohibición causa más delitos aún.

Es posible que lo mismo ocurra con las drogas en la actualidad. Es probable que la tasa de homicidios se desplome ahora si se despenalizan las drogas y el Estado las regula, terminando así las "guerras de drogas". La derogación de muchas de las leyes en vigor podría provocar un aumento moderado del abuso de las drogas, pero quizá sea preferible tal aumento en un ambiente de regulación de las drogas que el nivel actual del abuso en un ambiente criminal.[69]

En un estudio reciente, Gary Becker, Kevin Murphy y Michael Grossman exploraron algunas de las consecuencias económicas de la legalización de las drogas.[70] Ellos concluyen que "un impuesto monetario sobre un bien legal podría causar una mayor reducción en la producción y un mayor aumento en el precio que lo que lo haría la aplicación óptima, incluso reconociendo que los productores podrían querer volverse clandestinos para tratar de evitar el impuesto monetario".

En 1971 el presidente Richard Nixon declaró la guerra a las drogas. A juzgar por las estadísticas del uso de drogas y de la violencia, casi perdimos esta guerra. No podemos admitir la derrota, cambiar tácticas ni desvincularnos porque ello parecería que aprobamos las drogas, algo así como admitir la derrota, desvincularse, y retirarse de Vietnam haciéndolo parecer como una aprobación del comunismo. Los símbolos pueden impedir la racionalidad. Una aproximación racional a las drogas podría ser la minimización de las pérdidas derivadas de las adicciones, del delito y del encarcelamiento. Encarcelar a un gran número de hombres jóvenes (afroamericanos, desproporcionadamente) maximiza la pérdida. En vez de eso, deberíamos descriminalizar, regular y cobrar impuestos, usando los ingresos tributarios para financiar la publicidad contra el uso de drogas por parte de los jóvenes.

PREGUNTA XIII.15

Durante la "guerra contra las drogas" en los Estados Unidos, el precio de la mayoría de las drogas ilegales en la calle ha permanecido estable o ha bajado. ¿Qué indica este hecho acerca de quién esté ganando la "guerra"?

PREGUNTA XIII.16

Utilice el análisis económico para comparar tres procedimientos de reducción de la demanda de heroína: *i)* la sustitución con otra droga menos peligrosa o menos debilitante, como la metadona en lugar de la heroína, para los adictos registrados;

ii) la disponibilidad gratuita de la sustancia ilegal para los adictos registrados, y
iii) una proscripción legal de su uso, que es la política actual.

PREGUNTA XIII.17

Si se sometiera a una prueba a los delincuentes violentos inmediatamente después del arresto, ¿cree que más de ellos darían positivo por el consumo reciente de drogas o de una hamburguesa?

¿Cuál es entonces la importancia de la elevada tasa del uso de drogas entre los delincuentes?

6. Economía del control de armas

Los Estados Unidos han tenido tasas de delitos violentos más elevadas que los países de Europa Occidental. También tienen tasas más elevadas de propiedad de armas de fuego, especialmente de pistolas, que la mayoría de los países europeos (pero no de todos ellos). En esta sección exploraremos si la propiedad generalizada de pistolas causa el delito, o si el delito causa la propiedad generalizada de pistolas. Los delincuentes obtienen pistolas para facilitar el delito y dificultar la aprehensión, de modo que las pistolas tienden a generar delitos. Las víctimas potenciales de los delitos obtienen pistolas para dificultar su victimización y volverla más riesgosa para los delincuentes, por lo que las armas tienden a reducir los delitos. Consideraremos las pruebas existentes sobre la fuerza relativa de estos dos efectos.

A. *Datos sobre las armas de fuego en los Estados Unidos*

Hay una correlación elevada entre el número de armas de fuego y la cantidad de delitos. Se estima que en los Estados Unidos hay 200 millones de armas de fuego en posesión privada, entre ellas cerca de 67 millones de pistolas. Cerca de la mitad de las familias estadunidenses tienen pistolas; el promedio de pistolas por familia llega a 4.5. Se estima que 100 000 escolares llevan pistolas a la escuela todos los días.[71] Recuérdese el horrible episodio de la Escuela Secundaria de Columbine, cerca de Denver, Colorado, en abril de 1999, donde dos jóvenes fuertemente armados asesinaron a varios de sus condiscípulos y profesores antes de suicidarse.

La propiedad de armas de fuego y los delitos han cambiado en un patrón interesante durante los últimos 50 años en los Estados Unidos. Durante las décadas de 1960 y 1970 la tasa de robos se multiplicó por seis en los Estados Unidos, mientras que la tasa de homicidios se duplicó. La tasa de propiedad de pistolas casi se duplicó también. Cada año se cometen en los Estados Unidos cerca de 640 000 delitos con pistolas, pero esa cifra ha variado considerablemente desde mediados de la década de 1980. En general, la tendencia en el número de delitos relacionados con pistolas ha disminuido. En 1992 se cometieron cerca de 11 000 homicidios, con pistolas, en los Estados Unidos. (En aras de la comparación, en el mismo año, hubo 87 homicidios con pistola en Japón, 22 en Gran Bretaña y 10 en Australia.) Desde 1989 ha habido un aumento lento pero inestable en el número de pistolas en manos de particulares en los Estados Unidos, incluyendo un aumento significativo en las ventas a finales de 2008 y principios de 2009. Desde 1989 ha habido un número de homicidios con pistolas relativamente estable o incluso decreciente, de tal forma que para 2008 aproximadamente 10 000 de los 16 000 homicidios se

cometieron con pistolas. Sobre una base per cápita, la tasa de homicidios ha estado disminuyendo desde principios de la década de 1990. ¿Son estas correlaciones causales o coincidentales? ¿Causa más delitos o menos delitos el aumento del número de armas de fuego?

B. *Control de armas de fuego*

El intento por destruir la conexión existente entre las pistolas y los delitos se ha concentrado en dos métodos generales de regulación: primero, las restricciones a la producción y posesión de pistolas, y segundo, un castigo más severo para quienes usen pistolas al cometer delitos.[72]

Desde finales del siglo XIX, cuando los gobiernos promulgaron las primeras leyes reguladoras de las armas de fuego (específicamente las armas ocultas), el primer método de la regulación ha sido el más utilizado por los gobiernos federales, estatales y locales. Por ejemplo, el Congreso prohibió en la década de 1930 el uso del sistema de correos de los Estados Unidos para la venta de pistolas a través de las fronteras de los estados; exigió el registro de las ametralladoras, las escopetas recortadas y los silenciadores (armas y equipos preferidos por los criminales en esa época), y la toma de fotografías y huellas digitales de los propietarios registrados de estas armas y creó un impuesto de $200 que debería pagarse cada vez que se transfiriera la propiedad de estas armas registradas.

El último de los esfuerzos federales para limitar la posesión de pistolas es la Ley Brady (aprobada por el Congreso a fines de 1993 y designada con el nombre de James Brady, secretario de Prensa del presidente Reagan, quien fue baleado en 1981 durante un intento de asesinato contra el presidente). La ley exige que los compradores de armas de fuego esperen cinco días hábiles y se sometan a una revisión de sus antecedentes antes de tomar posesión de las armas que hayan comprado. En virtud de que un buen registro es vital para el éxito de esta ley, y puesto que la mayoría de los estados no tiene buenos registros, la ley autoriza al gobierno federal a gastar hasta $200 millones anuales para ayudar a los estados a mejorar sus registros. Se espera remplazar dentro de cinco años el periodo de espera de cinco días con revisiones instantáneas de los antecedentes.[73]

Las regulaciones del tipo de la Ley Brady podrían impedir que obtengan pistolas legalmente las personas que tengan mayores probabilidades de cometer un delito. Más de 20 estados, que albergan a la mitad de la población de los Estados Unidos, tienen ya periodos de espera similares. La experiencia en tales estados es que de 1 a 2% de los compradores potenciales de armas de fuego son descalificados por la revisión de sus antecedentes. Por ejemplo, la ley de revisión de antecedentes de California ha impedido que en los dos últimos años compren pistolas cerca de 12 000 individuos con antecedentes penales, una historia de enfermedad mental o abuso de drogas. Una ley similar de Illinois ha impedido

que 2 000 personas compren pistolas allí. No tenemos pruebas sobre el número de estas personas que luego compraron pistolas ilegalmente.

Al nivel local, las regulaciones han seguido un camino diferente. Desde abril de 1982 es ilegal la venta de pistolas en Chicago.[74] Recientemente, algunos gobiernos locales han ofrecido comprar armas de fuego a sus residentes sin hacer preguntas. En 1992 San Luis ofreció pagar $25 por cada pistola que se entregara. La ciudad recolectó 7 465 pistolas en un mes y luego las fundió. Muchas escuelas públicas de las grandes ciudades tienen detectores de metales; el gobierno de William Clinton propuso cateos aleatorios de los proyectos de vivienda en busca de armas de fuego, y algunas localidades han establecido retenes aleatorios en las calles para registrar automóviles en busca de armas de fuego.

Además de estas restricciones a la producción y la posesión, se ha incrementado el castigo por violar las regulaciones referentes a la posesión de pistolas o por cometer un delito con una pistola. Varios estados han promulgado leyes que exigen un castigo más severo y más seguro para quienes porten una pistola sin un permiso. Por ejemplo, la ley Bartley-Fox de Massachusetts estableció en 1974 una pena obligatoria de un año en prisión, sin posibilidad de libertad condicional, libertad bajo palabra u otra disminución de la sentencia, por no obtener la licencia de una pistola privada. Varios estudios han tratado de medir el efecto de esta ley, y las pruebas reveladas sugieren que su resultado ha sido, primero, una reducción de la portación casual de pistolas y, segundo, una disminución de la proporción de asaltos, robos y homicidios cometidos con pistolas.[75]

A pesar de estas pruebas, ninguno de los dos tipos de regulación mencionados parece haber tenido un gran efecto sobre las tasas delictivas. Hay razones para dudar de la premisa principal de tales regulaciones, a saber: que el mayor número de pistolas conduce inevitablemente a un número mayor de delitos violentos. Si los delincuentes saben que los ciudadanos honestos tienen menos probabilidades de poseer armas de fuego, habrán de percibir un riesgo menor de la comisión de delitos, de modo que cometerán más. Pero si los delincuentes saben que muchos ciudadanos tienen armas de fuego, quizá se abstengan cada vez más de cometer delitos. Esta observación nubla la dirección de la causación entre las pistolas y los delitos. El argumento convencional es que más pistolas causan más delitos. Pero es posible que más pistolas generen menos delitos. Si así fuese, la reducción del número de pistolas podría conducir a un incremento de la cantidad de delitos.[76]

Tanto las pruebas casuales como algunas detalladas[77] sugieren que los incrementos de la propiedad de pistolas no tienen una conexión causal simple con el delito violento. Las pruebas casuales señalan que durante la década de 1980 aumentó el acervo de pistolas de propiedad privada en los Estados Unidos en más de un millón de unidades por año, al mismo tiempo que bajaban la mayoría de las tasas delictivas. Ya hemos visto una consolidación de este patrón

—un aumento de las pistolas de propiedad privada y un descenso de las tasas delictivas, incluidas las tasas de delitos violentos— durante la década de 1990. Además, algunos países como Suiza e Israel tienen un alto número de armas de fuego por familia, pero no tienen tantos delitos. En cambio, México y Sudáfrica tienen leyes muy estrictas de control de las pistolas y poseen tasas de homicidios de más del doble de las de los Estados Unidos. La tasa de homicidios de Florida ha venido disminuyendo desde que este estado facilitó que sus ciudadanos portaran armas ocultas. (Véase la nota web XIII.5 al final de esta sección.)

Otra prueba fascinante sobre este punto es la correlación existente entre la propiedad privada de pistolas y los robos "calientes" (un robo "caliente" es aquel que ocurre cuando hay personas en la casa). Si los casatenientes pueden poseer pistolas legalmente, será menos probable, si todas las demás cosas permanecen iguales, que los ladrones potenciales se introduzcan a las casas donde se encuentre alguno de sus moradores. Pero si los casatenientes no pueden poseer legalmente pistolas, los ladrones no se sentirán tan renuentes a entrar cuando hay alguien en casa. Por lo tanto, deberíamos observar menos robos "calientes" en las jurisdicciones que permitan a los casatenientes poseer pistolas. Y en efecto, eso es lo que observamos. Los Estados Unidos, Canadá y Gran Bretaña tienen aproximadamente las mismas tasas de robos. Sin embargo, la tasa de robos "calientes" en los Estados Unidos (donde se permite generalmente la propiedad privada de pistolas) se aproxima a 10%, mientras que en Canadá y Gran Bretaña (donde no se permite generalmente la propiedad privada de pistolas) se aproxima a 50 por ciento.[78]

Esta cuestión es compleja, como muchas de las otras cuestiones que hemos estudiado en la economía del delito y el castigo. Se necesita un trabajo empírico antes de que podamos llegar a conclusiones firmes acerca de la relación existente entre las pistolas y el delito que puedan apuntar hacia recomendaciones de políticas públicas definitivas. No se trata tanto de un mercado libre de armas de fuego contra la prohibición de su posesión, como de encontrar regulaciones específicas que logren reducir efectivamente los delitos violentos. Por ejemplo, las armas de bajo calibre disparan balas que generalmente hieren mas no matan, mientras que las armas de grueso calibre disparan balas que matan. La prohibición de las armas de grueso calibre en los Estados Unidos podría dar lugar a un cambio en la demanda de pistolas de bajo calibre y muchas menos muertes.

PREGUNTA XIII.18

Utilice el análisis económico para predecir el ordenamiento de las tasas delictivas de las situaciones siguientes:

a) Ninguna persona privada tiene un arma de fuego (prohibición efectiva).
b) Sólo los delincuentes tienen armas de fuego (prohibición ineficaz contra los delincuentes).

c) Todos tienen acceso fácil a las armas de fuego.
d) Sólo los ciudadanos honestos tienen acceso a las armas de fuego.

PREGUNTA XIII.19

¿Se puede diseñar y aplicar una ley tal que sólo los ciudadanos honestos tengan acceso a las armas de fuego?

PREGUNTA XIII.20

El control de las armas de fuego es políticamente impopular en las vecindades que tienen las tasas delictivas más altas de los Estados Unidos. Utilice el análisis económico para explicar por qué ocurre eso.

PREGUNTA XIII.21

Cerca de 38 000 estadunidenses mueren cada año por heridas causadas por pistolas. Menos de la mitad de estas muertes son homicidios. Los accidentes y los suicidios representan 54% de las muertes por arma de fuego. Supongamos que las armas de fuego en los hogares honestos disuaden los delitos y causan muertes accidentales. ¿Cómo se compararían los costos de cada uno de estos eventos?

NOTA WEB XIII.5

En *More Guns, Less Crime*, John R. Lott, Jr., ha tratado de demostrar que, cuando un estado promulga una ley de "portación oculta" —una ley que permite que los propietarios de armas de fuego registradas porten armas ocultas—, hay una discernible disminución subsecuente del delito en ese estado. Lott sostiene que los delincuentes son racionales y que si saben que sus víctimas, o quienes se encuentren cerca del escenario de un delito, pueden tener pistolas ocultas y que, por lo tanto, es grande la posibilidad de lesiones graves o de la muerte para el delincuente, será menos probable que cometan delitos. En nuestro sitio web revisamos el argumento de Lott y comentamos la crítica a su trabajo.

7. Explicando la disminución de la criminalidad en los Estados Unidos

En las casi dos décadas desde 1991, los delitos graves en los Estados Unidos han disminuido en casi 40%. ¿Qué causó tal disminución? El economista Steven Levitt ha identificado cuatro factores que causaron la disminución y seis factores que algunos comentaristas consideran falsamente que la han causado.[79] Esta sección describe la disminución y sus causas como Levitt las identificó.

Recordemos que la disminución del delito que comenzó a principios de la década de 1990 afectó tanto a los delitos violentos como a los no violentos. Las tasas de homicidios cayeron 43% de 1991 a 2001, alcanzando así sus niveles más bajos desde la década de 1930. El Departamento Federal de Investigación (o FBI por sus siglas en inglés) indica que los delitos violentos y contra la propiedad disminuyeron en 34% y 29% en el mismo periodo. Usando información de los Uniforme Crime Reports y de las National Crime Victimization Surveys, Levitt resume estos cambios en el cuadro adjunto, que llamaremos cuadro XIII.3.

CUADRO XIII.3. *Tendencias nacionales en categorías específicas de delincuencia*

Categoría del delito y fuente de datos	*Cambio porcentual en la categoría del delito, 1973-1991*	*Cambio porcentual en la categoría del delito, 1991-2001*
Delitos reportados a la policía desde UCR		
Delito violento	+82.9	−33.6
Homicidio	+ 5.4	−42.9
Violación	+73.4	−24.8
Robo	+50.0	−45.8
Asalto agravado	+118.1	−26.7
Delitos contra la propiedad	+38.2	−28.8
Robo a casa habitación	+ 3.0	−40.9
Latrocinio	+ 56.7	−23.2
Robo de vehículos	+49.8	−34.6
Victimización delictiva desde la NCVS		
Delito violento	+ 1.6	−50.1
Violación	−20.0	−45.0
Robo	−15.5	−53.3
Asalto agravado	−3.9	−56.9
Asalto simple	+ 10.7	−47.0
Delitos contra la propiedad	−32.0	−52.8
Robo a casa habitación	−41.3	−55.6
Pillaje	−46.5	−51.6
Robo de vehículos	+16.2	−58.6

Levitt, cuadro 2, p. 167.

Además, Levitt muestra que las disminuciones del delito en la década de 1990 "afectaron todas las áreas geográficas y los grupos demográficos. Las más grandes mejoras porcentuales en el delito ocurrieron dentro de áreas estadísticas metropolitanas [MSA en inglés] y especialmente entre ciudades grandes con poblaciones mayores a 250 000 habitantes".

Los seis factores que Levitt considera que tuvieron poco o ningún efecto en la disminución del delito en los Estados Unidos, durante la década de 1990, son: *1)* la economía fuerte; *2)* los cambios demográficos; *3)* mejores estrategias policiales; *4)* leyes para el control de armas *5)* leyes que permiten la portación de armas ocultas; y *6)* el aumento en el uso de la pena capital.

1. *La economía sólida*

El periodo de 1991 a 2001 fue el periodo más largo de crecimiento continuo en la historia de los Estados Unidos, con un PIB per cápita que aumentaba en casi 30%, y la tasa anual de desempleo caía alrededor de 4%. Podríamos haber previsto razonablemente que esta economía fuerte contribuyó a la disminución del delito al dar mejores oportunidades a los delincuentes potenciales de tener ingresos de forma legal. Sin embargo, como hemos visto antes en este capítulo, no hay ninguna buena evidencia empírica que sugiera una correlación o conexión causal entre las altas y bajas de la economía y la tasa delictiva. Levitt sugiere que en el mejor de los casos una mejora de un punto porcentual en la tasa de desempleo disminuiría en un punto porcentual el delito contra la propiedad (sin ningún cambio en el delito con violencia). De modo que la disminución de dos puntos porcentuales en la tasa media de desempleo entre 1991 y 2001 podría haber contribuido a la disminución en la tasa de delitos contra la propiedad con tan sólo dos puntos porcentuales. Pero, de hecho, la tasa de delitos contra la propiedad cayó en 30%. Por otra parte, deberíamos dudar de la importancia de los factores de toda la economía para la explicación de la delincuencia, ya que los delitos incrementaron significativamente durante la década de 1960, al mismo tiempo que hubo un crecimiento económico enérgico y, aparentemente, no ha aumentado desde el inicio de la Gran Recesión en 2008.

2. *Cambios demográficos*

Ya hemos visto una fuerte conexión causal entre la demografía y el delito: siendo todo lo demás igual, entre mayor sea el porcentaje de hombres jóvenes en la sociedad, mayor será la cantidad de delitos. En cambio, entre mayor sea el porcentaje de personas mayores, menor será la tasa delictiva.[80] Durante el periodo considerado, el porcentaje de la población de entre 15 y 24 años de edad aumentó de 13.7 a 14.6%, lo que no es suficiente para hacer una gran diferencia en la cantidad de delitos. No hubo ningún otro cambio demográfico significativo durante el periodo de disminución del delito, desde luego nada que pudiera explicar las dramáticas disminuciones que ocurrieron.

3. *Mejores estrategias policiales*

A inicios del periodo de 1991 a 2001, la ciudad de Nueva York probó algunas estrategias policiales innovadoras, tales como la "policía comunitaria", y se nombró a un nuevo y enérgico comisionado de la policía. Debido a que la ciudad de Nueva York tenía la mayor disminución del delito que cualquier otra ciudad grande, los comentadores han señalado a menudo al cambio en las estrategias policiales y al nuevo comisionado como las causas principales del gran éxito de la ciudad en el combate al delito.[81]

Levitt duda que cualquiera de estos cambios haya tenido mucho que ver en el

patrón de la tasa delictiva en la ciudad de Nueva York. Primero, la disminución comenzó antes de que estos cambios se implementaran. Además, no hubo ninguna aceleración discernible en la tendencia (de hecho, ningún cambio en lo absoluto) en el momento en el que cambiaron las estrategias policiales o que el nuevo comisionado de la policía asumió el cargo. Segundo, el tamaño del Departamento de Policía de la ciudad de Nueva York aumentó en 45% durante la década de 1990, una tasa tres veces mayor que el promedio nacional. Como veremos, el aumento en el número de policías fue mucho más importante que el cambio en la estrategia policial. Y tercero, la mayoría de las otras ciudades no instituyeron los cambios en la estrategia policial que Nueva York implementó, y sin embargo presentaron dramáticas disminuciones en el número de delitos.[82]

4. *Leyes para el control de armas*

Hemos visto que en los Estado Unidos hay más de 200 millones de armas de fuego en manos de particulares y que aproximadamente 11 000 de los casi 16 000 asesinatos anuales son causados por dichas armas. Por lo tanto, éste puede ser el caso en el que una ley de control de armas más estricta podría reducir los delitos, particularmente el homicidio. Sin embargo, Jens Ludwig y Philip Cook reportaron que esas leyes (en particular, la Ley Brady para la Prevención de la Violencia con Pistolas de 1993) no tenían ningún efecto estadístico discernible en las tendencias del homicidio.[83] Tampoco existe evidencia alguna que pruebe que leyes más estrictas para el control de armas, o políticas municipales para comprar armas de reserva, hayan tenido algún efecto en la violencia con armas de fuego.

5. *Leyes que permiten la portación de armas*

En vez de hacer leyes para el control de armas más estrictas, algunos estados han relajado su restricción en cuanto a la portación de armas. Un trabajo empírico argumenta que las leyes que permiten la portación de armas a aquellos que están registrados han tenido efectos dramáticos en la disminución de las tasas delictivas, pero Levitt y otros creen que este argumento no se ha probado.[84] (Véase la nota web XIII.5.)

6. *Incremento en el uso de la pena capital*

Hubo cuatro veces más ejecutados en la década de 1990 (478) que los de la década de 1980 (117). Levitt está casi seguro de que no hubo efecto alguno en los delitos graves. Primero, pocas personas en el pabellón de la muerte han sido efectivamente ejecutadas (53 ejecuciones en 2006 entre 3 200 presos en el pabellón de la muerte —menos del 2%—), y los retrasos en la ejecución son tan prolongados que "un delincuente racional no debería ser disuadido por la amenaza de la ejecución". De hecho, "la probabilidad de ser ejecutado como

resultado de cometer un asesinato es aún de menor a 1 en 200". Muchos de los que se hallan en el pabellón de la muerte tendrían una mayor probabilidad de morir violentamente en sus barrios que ahí. Segundo, supongamos que tomamos una cifra de la literatura de disuasión que sugiere que cada ejecución disuade seis homicidios subsecuentes. Entonces, "el aumento observado en la pena de muerte de 14 ejecuciones en 1991 a 66 en 2001 eliminaría entre 300 y 400 homicidios, para una reducción de 1.5% en la tasa de homicidios, o menos de 125 de la disminución observada en la tasa de homicidios durante este periodo".

A. *Cuatro factores que explican la disminución del delito en los Estados Unidos durante la década de 1990*

Los cuatro factores a los que Levitt da crédito por la disminución del delito son: *1)* los aumentos en el número de policías; *2)* la creciente población carcelaria; *3)* la epidemia de crack en retroceso; y *4)* la legalización del aborto a principios de la década de 1970. Ya dedicamos una sección completa al argumento y la prueba acerca del papel del aborto en la disminución del delito. Resumiremos aquí los otros factores.

1. *Aumento en el número de policías*

El número de policías puede tener un efecto disuasivo importante en el delito. A mediados de la década de 1990, Thomas Marvell y Carlisle Moody estimaron que la elasticidad del delito con respecto al número de policías es de -0.30.[85] Es decir, un aumento de 10% en el número de policías causaría una diminución de 3% en el número de delitos. Más tarde, Levitt encontró de alguna manera que las elasticidades del delito con respecto al número de policías estarían en el rango de -0.43 a -0.50.[86] (Adviértase cuánto más amplios son estos estimados que la elasticidad del delito con respecto al encarcelamiento.) El número total de oficiales de policía en los Estados Unidos aumentó entre 50 000 a 60 000 durante la década de 1990, un aumento de 14%. Si usamos una medida de elasticidad de -0.40, entonces podemos atribuir de 5 a 6% de la disminución del delito durante nuestro periodo al aumento en el número de policías. Es decir, que sólo este factor explica entre la quinta y la décima parte de la disminución total.

2. *La creciente población carcelaria*

Ya hemos visto que la población carcelaria de los Estados Unidos se cuadruplicó entre 1980 y 2002. Poco más de la mitad de ese aumento tuvo lugar durante la década de 1990. Existen buenas pruebas de que la elasticidad del delito con respecto al castigo esperado oscila entre -0.10 y -0.40. (Las pruebas sugieren una

cifra en el extremo superior del rango de delitos violentos y algo hacia el extremo bajo del rango para el delito contra la propiedad.) Asumiendo una elasticidad de -0.30 para los delitos violentos con respecto al castigo esperado y -0.20 por el delito contra la propiedad. Así, los aumentos en el castigo esperado "pueden dar cuenta de una reducción en el delito de aproximadamente 12% para las primeras dos categorías y 8% para el delito contra la propiedad, o alrededor de un tercio de la disminución observada en el delito".

3. *La epidemia de crack en retroceso*

La cocaína crack, que se produce al calentar una mezcla de polvo de cocaína y bicarbonato de sodio en pepitas ligeras, apareció a mediados de la década de 1980 y encontró un mercado lucrativo y de rápida expansión. La nueva forma de la cocaína era relativamente barata y producía una sensación de estar drogado breve e intensa. La competencia para vender este producto ilegal era intensa, tanto que la violencia de pandillas callejeras asociada con esta competencia se convirtió en un problema significativo en los Estados Unidos, comenzando en 1985. Como resultado, las tasas de homicidios para los hombres negros jóvenes menores de 25 años aumentaron muy rápidamente hacia finales de la década de 1980.

Pero a principios del decenio de 1990 la epidemia del crack comenzó a decaer, y con ella la elevada tasa de homicidios de hombres negros jóvenes. Esa tasa cayó en al menos 50% durante el periodo de 1991 a 2001, comparada con una disminución de 30% en la tasa de homicidios de hombres blancos adultos. Levitt estima que la disminución del crack podría explicar alrededor del 15% de la caída del total de homicidios durante la década. También estima que el impacto de menos crack en otros delitos es significativamente menor, quizás de 3 por ciento.

B. *Un resumen*

De 1991 a 2001 la tasa delictiva decayó de 30 a 40% en casi todas las categorías de delitos y en todas las regiones. Levitt resume su explicación en el cuadro XIII.4. Sus heroicos esfuerzos proveen una base útil para la discusión, aunque aún quedan muchas interrogantes, tales como por qué la experiencia de Canadá con las tasas delictivas cambiantes se asemejan mucho a las de los Estados Unidos, incluso cuando las políticas de Canadá eran diferentes.[87]

CUADRO XIII.4. *Resumen de la contribución estimada de diversos factores a la disminución de la delincuencia en el decenio de 1990*

	Cambio porcentual en el delito que representa este factor durante el periodo de 1991-2001			
Factor	*Homicidio*	*Delito violento*	*Delito contra la propiedad*	*Nivel de certeza del impacto estimado*
Economía sólida	0	0	−2	Alto
Demografía cambiante	0	−2	−5	Alto
Mejores estrategias policiales	−1	−1	−1	Bajo
Leyes de control de armas	0	0	0	Medio
Leyes para portar armas	0	0	0	Alto
Aumento en el uso de la pena capital	−1.5	0	0	Medio
Aumento en el número de policías	−5.5	−5.5	−5.5	Medio
Aumento de la población carcelaria	−12	−12	−8	Alto
El declive del crack	−6	−3	0	Bajo
Legalización del aborto	−10	−10	−10	Medio
Total de todos los factores considerados	−36	−33.5	−31.5	
Cambio efectivo en delitos UCR reportados	−43	−34	−29	
Cambio efectivo en la victimización NCVS	—	−50	−53	

Levitt, cuadro 5, p. 184.

CONCLUSIÓN

En este capítulo hemos utilizado la teoría económica del delito y el castigo para examinar algunas cuestiones apremiantes de la justicia penal. La teoría económica es valiosa para enmarcar los problemas y las soluciones posibles, y la investigación empírica es necesaria para ponderar las opciones de políticas públicas diseñadas para minimizar los costos sociales de los delitos.

LECTURAS RECOMENDADAS

Bar-Gill, Oren y Alon Harel, "Crime Rates and Expected Sanctions: The Economics of Deterrence Revisited", *Journal of Legal Studies*, vol. 30, 2001, p. 485.

Harcourt, Bernard, y Jens Ludwig, "Broken Windows: New Evidence from New York City and a Five-City Social Experiment", *University of Chicago Law Review*, vol. 73, 2006, p. 271.

Krueger, Alan B., y Jitka Maleckova, "Education, Poverty, and Terrorism: Is There a Connection?", *Journal of Economic Perspective*, vol. 17, 2003, p. 119.

Levitt, Steven D., "Using Electoral Cycles in Police Hiring to Estimate the Effect

of Police on Crime", *American Economic Review*, vol. 87, 1997, p. 270. Véase también Levitt, "Reply", *American Economic Review*, vol. 92, 2002, p. 1244.
Milhaupt, Curtis, y Mark D. West, "The Dark Side of Private Ordering: An Institutional and Empirical Analysis of Organized Crime", *University of Chicago Law Review*, vol. 67, 2000, p. 41.
Simon, David, "The Wire", temporadas 1-5, HBO Productions, 2002-2008.
Stuntz, William, "Local Policing After the Terror", *Yale Law Journal*, vol. 111, 2002, p. 2137.
Venkatesh, Sudhir, *Gang Leader for a Day*, The Penguin Press, Nueva York, 2008.

ÍNDICE DE CASOS

Abbott Laboratories *vs*. Sindell: 374n
Atlantic Cement Co. *vs*. Boomer: 234n, 235-238

Barefoot *vs*. Estelle: 666
Baxendale *vs*. Hadley: 456-458
Caso Betamax. Véase Sony Corporation of America *vs*. Universal City Studios, Inc.
Board of Education of Topeka, Kansas *vs*. Brown: 89
Boomer *vs*. Atlantic Cement Co.: 234n, 235-238
Boyden Power Brake Co. *vs*. Westinghouse: 169n
British Columbia Electric Rail Co., Ltd. *vs*. Loach: 102n
Brown *vs*. Board of Education of Topeka, Kansas: 89
Butterfield *vs*. Forrester: 97-98, 100, 102, 342
Caldwell *vs*. Taylor: 478
Carroll Towing Co. vs. United States: 293, 297
CBS, Inc. *vs*. Moleculon Research Corp.: 168n
Central Kentucky Natural Gas Co. *vs*. Hammonds: 200, 203
Coca-Cola Bottling Company *vs*. Escola: 258
Comisión Costera de California *vs*. Nollan: 252-255

Davies *vs*. Mann: 99-101

Escola *vs*. Coca-Cola Bottliug Company: 258
Estelle *vs*. Barefoot: 666

Florida *vs*. Profitt: 688n
Forrester *vs*. Butterfield: 97-98, 100, 102, 342
Furman *vs*. Georgia: 688n

Georgia *vs*. Furman: 688n
Georgia *vs*. Gregg: 692n
Gregg *vs*. Georgia: 692n

Hadley *vs*. Baxendale: 456-458
Hammonds *vs*. Central Kentucky Natural Gas Co.: 200, 203
Hawkins *vs*. McGee: 425-432
Henry *vs*. Krell: 479n

Integra Lifesciences I. L. *vs*. Merck KGaA: 173

Jones *vs*. Post: 473-474

Krell *vs*. Henry: 479n

Laidlaw *vs*. Organ: 484, 486n, 487-488
Lake Erie Transport Co. *vs*. Vincent: 223
Libeck *vs*. McDonald's Restaurants: 358n
L. N. Jackson & Co. *vs*. Royal Norwegian Govt.: 475n
Loach *vs*. British Columbia Electric Rail Co., Ltd.: 102n
Long Island Railway Co. *vs*. Palsgraf: 268

Macaulay *vs*. Schroeder Publishing Co. Ltd.: 502
Mann *vs*. Davies: 99-101
McDonald's Restaurants *vs*. Libeck: 358n
McGee *vs*. Hawkins: 425-432
Merck KGaA *vs*. Integra Lifesciences I. L.: 173
Moleculon Research Corp. *vs*. CBS, Inc.: 168n

Nollan *vs*. Comisión Costera de California: 252-255

Obde *vs*. Schlemeyer: 488-489
Organ *vs*. Laidlaw: 484, 486n, 487-488

Palsgraf *vs*. Long Island Railway Co.: 268
Philip Morris *vs*. Williams: 357n
Pierson *vs*. Post: 204
Ploof *vs*. Putnam: 222-223
Post *vs*. Pierson: 204
Post *vs*. Jones: 473-474
Profitt *vs*. Florida: 688n
Putnam *vs*. Ploof: 222-223

Raffles *vs*. Wichelhaus: 481
Reyes *vs*. Wyeth Laboratories: 368-369
Rhone-Poulenc Rorer, Inc.: 579-580
Roe *vs*. Wade: 675-676, 713n
Royal Norwegian Govt. *vs*. L. N. Jackson & Co.: 475n

Schlemeyer *vs*. Obde: 488-489
Schroeder Publishing Co. Ltd. *vs*. Macaulay: 502

Sherwood *vs*. Walker: 487-488
Sindell *vs*. Abbott Laboratories: 374n
Sony Corporation of America *vs*. Universal City Studios, Inc.: 182

Taylor *vs*. Caldwell: 478

United States *vs*. Carroll Towing Co.: 293, 297
Universal City Studios, Inc. *vs*. Sony Corporation of America: 182

Vincent *vs*. Lake Erie Transport Co.: 223

Wade *vs*. Roe: 675-676, 713n
Walker *vs*. Sherwood: 487-488
Walker-Thomas Furniture Co. *vs*. Williams: 500-503
Westinghouse *vs*. Boyden Power Brake Co.: 169n
Wichelhaus *vs*. Raffles: 481
Williams *vs*. Philip Morris: 357n
Williams *vs*. Walker-Thomas Furniture Co: 500-503
Wyeth Laboratories *vs*. Reyes: 368-369

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Abrahamse, Allan: 673, 674
Abramowicz, Michael: 181n
Adams, James Barr: 258
Agnello, R. J.: 195n
Allen, Francis: 677n
Allen, Paul: 181
Ariely, Dan: 80
Aristóteles: 104, 155, 177, 177n
Arlen, Jennifer H.: 290n, 335n
Arrow, Kenneth: 224n
Axelrod, Robert: 60n, 409n,
Ayres, Ian: 128n, 457n, 503

Badawi, Adam: 463, 463n
Bainbridge, Stephen M.: 14n
Baird, Douglas: 56n
Baker, John: 564n
Bakos, Yannis: 499n
Bar-Gill, Oren: 470n
Bazelon, Emily: 680n
Beccaria, Cesare: 615
Becker, Gary: 15, 19, 704
Ben-Shahar, Omri: 470n
Bentham, Jeremy: 104, 154n
Bernoulli, Daniel: 70-71
Bernstein, Lisa: 411n
Berring, R.: 118n
Blackmun, Harry: 688n
Blackstone, William: 104, 109, 620
Blair, W. G.: 691n
Blankenberg, Erhard: 543n
Blume, John: 698n
Blume, Lawrence: 247n
Blumstein, Alfred: 665, 665n, 666n
Boldrin, Michelle: 180n
Bonaparte, Napoleón: 87
Bork, Robert: 15

Bowie, David: 330n
Brady, James: 706
Brennan, William: 688n
Breyer, Stephen: 15
Brooks, Richard: 330
Burger, Warren: 94, 681
Burke, Edmund: 105, 157

Calabresi, Guido: 14n, 15, 142, 142n, 276
Carroll, Lewis: 85, 381
Carvell, Daniel: 338n
Catlin, Aaron: 362n
Caulkins, Jonathan P.: 702n
Chang, Howard F.: 170, 170n
Charny, David: 400n, 463n
Che, Yeon-Koo: 308n
Chiesa, James: 702n
Clawson, Marion: 198n
Clermont, Kevin: 607n, 611, 611n
Coase, Ronald H.: 14n, 15, 21, 118n, 119, 122, 151n
Cohen, Lloyd R.: 227n, 666n
Coll, Juan Carlos Martinez: 410n
Cook, Philip J.: 672n, 714n
Cooter, Robert D.: 77n, 125n, 132n, 248n, 296n, 339n, 343n, 350n, 370n, 432n, 454n, 553, 599n, 615n, 627n, 636n
Corrigan, Janet: 360n
Cowan, Cathy: 362n
Cox, Louis A., Jr.: 667, 667n
Crespi, Gregory: 227n
Cribbet, John: 105n
Cross, Frank B.: 602n
Culyer, A. J.: 361n
Curry, Janet: 338n

Dahlman, Carl J.: 77n
Danzon, Patricia: 361n
Darley, John: 669
Davidson, Molla S.: 360n
Demsetz, Harold: 207n
De Quincey, Thomas: 27
Dezhbakhsh, Hashem: 695, 695n

DiIulio, John J., Jr.: 662-663, 677n
Dixit, Avinash: 56n
Donnelly, L. P.: 195n
Donohue, John J., III: 555n, 675, 675n, 676n, 685n, 695, 695n
Doob, Anthony N.: 681n
Drago, Francesco: 668

Easterbrook, Frank: 15
Edlin, Aaron: 291n
Eggertsson, Thrainn: 197n, 205n
Ehrlich, Isaac: 665, 665n, 692, 692n, 693
Eisenberg, Mel: 378
Eisenberg, Rebecca: 196n
Eisenberg, Theodore: 366n, 607, 607n, 611n, 698n
Ellenborough, Lord: 98-99
Ellickson, Robert: 126n
Ellsworth, Phoebe: 697n
Engel, Christoph: 599n
Engels, Friedrich: 104
Epstein, Richard: 227n, 501n
Estrich, S.: 666

Farber, Daniel: 24
Farnsworth, E. Allan: 432n
Farnsworth, Ward: 136n
Faure, Michael: 13
Forer, Lois G.: 683n
Freedman, Bradley J.: 432n
Fried, Charles: 376
Friedman, Lawrence: 214n
Friendly, Henry: 581
Fudenberg, Drew: 56n, 409n

Galanter, Marc: 543n, 608, 608n, 610
Galbiati, Roberto: 668
Garoupa, Numo: 15n
Gelman, Andrew: 689n
Gertner, Robert: 56n, 457n
Gigerenzer, Gerd: 599n
Gill, Richard T.: 662n
Gillespie, Robert W.: 672n

Gilmore, Grant: 384n
Gilson, Ronald: 602n
Ginsburg, Douglas: 15
Gittings, Kaj: 695, 695n
Gluckman, Max: 104
Goetz, Charles: 436n, 437
Goldbart, Paul: 143n
Goldstein, Daniel: 227n
Goldstein, Paul: 184
Gordon, Wendy: 182n
Greenwood, Peter: 666
Gregory, Paul: 52n
Grocio, Hugo: 206-207
Gross, Samuel R.: 604, 689n
Grossman, Michael: 704
Gruber, Jonathan: 640n
Guthrie, Chris: 539, 601n

Haddad, William: 171n
Hand, Learned: 293-294
Harcourt, Bernard E.: 713n
Hardin, Garret: 195n
Harrison, Glenn W.: 410n
Harrison, John: 180-181
Hawkins, Gordon: 680n
Hayek, Friedrich: 156n, 157
Heather, Nick: 701n
Heffler, Stephen: 362n
Hegel, G, W. F.: 104, 157
Helland, Eric: 680, 680n
Heller, Michael A.: 196n
Helmholz, Richard: 214n
Henderson, James A.: 366n
Herbert, A. P.: 273
Herrnstein, Richard J.: 663n, 671n
Hirshleifer, Jack: 410n
Hjalmarsson, Randi: 671n
Hobbes, Thomas: 132
Hoffman, Elizabeth: 128n
Holden, James W.: 564n

Holmes, Oliver Wendell: 13, 85
Hovenkamp, Herbert: 210n
Hughes, James W.: 363n

Iguchi, Martin Y.: 702n

Jacoby, Kristen: 689n
Jasen, Matthew J.: 234n
Johnson, Eric J.: 227n
Johnson, Gary: 321n
Johnson, Rucker C.: 661n
Joskow, Paul: 479n
Joyce, Ted: 676n

Kahneman, Daniel: 74, 79, 315, 315n, 353n, 538
Kamin, Sam: 680n
Kaplow, Louis: 24, 143n, 152n, 305n, 599n
Karaca-Mandic, Pinar: 291n
Katz, Lawrence: 694
Kellerman, Arthur: 708n
Kelling, George L.: 713n
Kessel, Reuben: 224n
Kessler, Daniel: 358n, 360n, 363n, 607, 608n, 611n, 681n
Kessler, Friedrich: 494
Keynes, John Maynard: 27
Kiss, Alexander: 689n
Kitch, Edmund: 368n
Klass, Polly: 680
Kleiman, Mark: 703n
Klein, Benjamin: 463n, 605-606
Klerman, Daniel: 553n
Kohn, Linda T.: 360n
Kornhauser, Lewis A.: 492n, 591n
Korobkin, Russell B.: 79n, 315n, 503
Koszegi, Botond: 640n
Kozinski, Alex: 15
Kraakman, Reinier: 335n
Kraus, Jody: 462n
Kreps, David: 56n
Kronman, Anthony T.: 484n
Kurtz, Sheldon: 210n

Landes, Elizabeth: 224n
Landes, William: 338n
Landes, William M.: 14n, 182n, 184, 187n, 589n
Langan, Patrick A.: 662n
Leamer, Edward: 696n
Lee, David S.: 640n, 669n
Lempert, Richard: 694
Lessig, Lawrence: 183n
Levine, David: 180n
Levitt, Steven D.: 669, 683n, 675-676, 676n, 679, 681, 683n, 694, 710n, 715n
Lichtenberg, Frank: 175n
Liebman, James S.: 689n
Liptak, Adam: 657n
Llewellyn, Karl: 564
LoPucki, Lynn M.: 330n
Lott, John R., Jr.: 687n, 709n, 710, 714n
Loury, Glenn C.: 662n
Ludwig, Jens: 714n

Macaulay, Stewart: 463n
Macaulay, Thomas B.: 182n
MacCoun, Robert: 701n
Mackie, J. L.: 267n
MacLeod, W. Bentley: 338n, 492n
Maine, Henry: 376
Malani, Anup: 670-671
Mansell, G.: 686n
Mark, Randall: 666n
Marotta-Wurgler, Florencia: 499, 499n
Marshall, Larry: 688n
Marshall, Thurgood: 688n
Marvell, Thomas: 715, 715n
Marx, Karl: 104, 156
Maskin, Eric: 409n
Matheson, Daniel J.: 689n
McCrary, Justin: 640n
McGillis, D.: 666
Meier, Raoul: 529n
Meites, Thomas: 607, 608n
Melamed, A. Douglas: 16n, 142, 142n

Merges, Robert P.: 170n
Merrill, Thomas A.: 203n
Miles, Thomas J.: 710n
Milken, Michael: 642
Miller, Geoffrey: 607, 608n
Mocan, H. Naci: 695, 695n
Montgomery, Nicholas: 689n
Moody, Carlisle: 715, 715n
Moore, Michael S.: 617n, 666
Morantz, Alison: 373, 373n
Murnighan, J. Keith: 128n
Murphy, Kevin: 704, 704n
Murray, Charles A.: 667, 667n
Mustard, David B.: 714n
Myerson, Roger: 56n

Nadelman, Ethan: 703n
Nagin, Daniel: 665, 665n
Nalebuff, Barry: 56n
Nelson, Richard R.: 170n
Newhouse, Joseph P.: 361n
Newton, Isaac: 180
Nixon, Richard: 704
Nobel, Alfred: 15n
Noonan, John: 269n
North, Douglass C.: 114n
Nozick, Robert: 155n, 156

O'Connell, J. O.: 374
Ordover, Janusz: 331n
Orsagh, Thomas: 672
Ostrom, Elinor: 195n, 197n

Palsgraf, Mrs.: 268-269
Pareto, Vilfredo: 30n
Passell, Peter: 693
Patil, Sujata: 689n
Paz-Ares, José Cándido: 213n
Perloff, Jeffrey: 607, 607n
Picker, Randal: 56n
Polinsky, A. Mitchell: 308n, 309n, 331n, 338n, 358n, 363n, 366, 611n, 710n

Polsby, Daniel: 708n
Porat, Ariel: 296n, 343n, 454n
Posner, Richard A.: 13, 14n, 15, 19n, 176n, 182n, 184, 187n, 224n, 338n, 555n, 579
Power, G.: 195n
Powers, Stephen: 698n
Priest, George: 605-606

Rachlinski, Jeff: 538
Radin, Margaret Jane: 224n
Ramseyer, J. Mark: 549n, 553n
Raphael, Steven: 661n
Rasmusen, Eric B.: 56n, 177n, 549n, 553n
Reuter, Peter: 702n
Revesz, Richard E.: 591n
Rice, E.: 176n
Richards, Keith: 701n
Ringleb, Al-H.: 330n
Robbins, Lionel Charles: 27
Robinson, Paul H.: 662n, 669, 669n, 670
Rose-Ackerman, Susan: 224n
Rosenberg, David: 332n
Rosenfield, Andrew: 19n
Rothman, Stanley: 698n
Rubin, Paul H.: 370n, 695, 695n,
Rubinfeld, Daniel: 247n, 331n, 358n, 363n, 607, 607n, 611n
Ruffin, Roy: 52n
Russell, Bertrand: 269, 269n
Rustad, Michael: 359n
Rutan, Burt: 181
Ruud, Paul: 607n
Ryan, George: 689

Sanchirico, Chris: 24
Sands, Benjamin: 102n
Schäfer, Hans-Bernd: 77n, 615n
Schanzenbach, Max M.: 220n
Scherer, Frederick: 167n
Schumpeter, Joseph: 160
Schwartz, Alan: 499n, 500n
Scott, Robert: 436n, 437, 492n

Sellin, Thorsten: 690, 690n
Shakespeare, William: 520, 655
Shapiro, Martin: 691n
Shavell, Steven: 24, 143n, 152n, 181, 181n, 291n, 321n, 332n, 338n, 357, 606, 607n, 611n, 710n
Shepherd, Joanna M.: 694-695, 695n
Shipp, K. R.: 691n
Shustorovich, Ellen: 694, 694n
Siegelman, Peter: 685n
Silver, Charles M.: 581, 603, 604, 604n
Sitkoff, Robert H.: 220n
Sixit, Avinash: 410n
Slawson, David: 498n
Sloan, Frank: 361n
Smith, Adam: 376, 551-552, 561
Smith, Henry: 229n
Snyder, Edward A.: 363n
Sperlman W.: 666
Spitzer, Matthew: 128n
Stravinsky, Igor: 188
Stremnitzer, Alexander: 331n
Summers, Robert: 97n
Sunstein, Cass: 353n
Sun Tzu: 390, 390n
Sykes, Alan: 334n
Syres, Ian: 143n
Syverud, Kent: 604

Tabarrok, Alex: 680, 680n
Tabbach, Avraham: 331
Talley, Eric L.: 437n
Taylor, John: 693, 693n,
Tales de Mileto: 177
Thomas, Robert Paul: 114n
Thornstedt, H.: 687n
Tideman, Nick: 299n
Tirole, Jean: 56n, 410n
Titmus, Richard: 224n
Torrens, Richard: 210n
Traynor, Roger: 258

Trebilcock, M. J.: 329n
Triantis, George: 462n, 492n
Trossen, David R.: 499n
Truman, Harry S.: 206
Turow, Scott: 690
Tversky, Amos: 74, 79, 315, 315n, 538

Ulen, Thomas S.: 15n, 79n, 125n, 176n, 315n, 321n, 339n, 434n, 448n

Van den Bergh, Roger: 13
Venkatesh, Sudhir Alladi: 673n
Vertova, Pietro: 668
Vidmar, Neil: 697n
Viscusi, Kip: 372n
Vuchinich, Rudy E.: 701n

Waldfogel, Jeremy: 607
Waldfogel, Joel: 175n, 607n
Washington, Benjamin: 362n
Webster, Cheryl Marie: 681n
Weiler, Paul C.: 361n
Wells, Martin T.: 698n
West, Valerie: 689n
Wiggins, Steven N.: 330n
Wilde, Louis: 499n
Wilkinson-Ryan, Tess: 440-441
Williamson, Oliver: 414
Wilson, James Q.: 658n, 659n, 660n, 662n, 663n, 671n, 672n, 673, 705n, 708n
Winter, Ralph: 329n
Witte, Ann: 667, 667n, 672, 672n
Wittman, Donald: 607, 607n
Wolfers, Justin: 695, 695n
Wolpin, Kenneth: 665, 665n, 692n, 694n

Ypersele, Tanguy van: 181

Zarkin, Gary A.: 672, 672n
Zimring, Franklin E.: 680n, 681n, 716n
Zinea, James: 188n

ÍNDICE DE TEMAS

abogados: búsqueda de interés propio, 551-552; contratos con, 580-581; elección de, 581-582; estructura de incentivos para, 552, 581-582; honorarios de apelaciones, 612; honorarios de contingencia de, 581-582; interés propio de, 554; número de, 602; razones para estudiar economía, 24-25; restricciones a la publicidad de parte de, 582; en sistemas de derecho civil, 594n
aborto y delito: 674-676
acceso: abierto, 195, 198, 205; limitado: 198
accidentes: ley de, 260; minimización de los costos sociales de, 275-277
acción ejercitada: 97
acciones sin derecho de voto: 193
acompañar a la tierra: 237
acontecimientos previsibles: diferencia entre acontecimientos previstos y, 458
actores invisibles, incentivos para: 343
actos: de Dios *(force majeure)*, 475; no verificables, 453-455
acuerdo de depósitos: 408
acuerdo de no revelación de información (NDA): 162-163
acuerdo privado, obstáculos para: 144
acuerdo sobre aspectos relacionados con la comercialización de la propiedad intelectual: 166n
acuerdos altos y bajos: 339
Acuerdos de Mary Carter: 339
adhesión: 202
Administración de Medicamentos y Alimentos (FDA): 174, 365 Administración de Salud y Seguridad en el Trabajo: 365
Administración Federal de Aviación: 365
Administración Nacional de Seguridad del Transporte en las Carreteras: 365
advertencia, defecto en: 344
afroamericanos, delito y: 658-659, 662
Agencia de Protección Ambiental (EPA): 365
agente: 193
alcance: 168, 168-172; cuestión de, en marcas comerciales, 187
aleatoriedad, problema de la agencia y: 582
Alemania, encarcelamiento en: 657
alienación: 223-224
alineación, independencia *vs.*: 551
American Ice Trust: 160

amici curiae (amigos del tribunal): 97
análisis de costo beneficio: 17, 234
análisis de regresión: 267n
análisis del equilibrio estático: 166
análisis económico, meollo del: 617; del derecho, 15-21, 27
anticomunes, tragedia de los: 196
antiseguro: 454
apelaciones: 97, 558-567, 612-614; eficiencia del mercado de litigación, 560-563; eficiencia como motivación judicial, 565-567; errores como causa de, 613; papel en corrección de errores, 558-560; papel en la promulgación de normas sociales, 563-565
aplicación intencional de coacción emocional: 260
apostar: 620
arbitraje: 550; aumento en, 611-612; obligatorio, 551; organizaciones para la atención de la salud y, 551
árboles de decisión: en la decisión de demandas, 526-528; en la determinación de razones para demandar, 526-528; preponderancia de las pruebas y, 597-599
archivo: 182
argumentación de Calabresi y Melamed acerca de la protección de un derecho legal: 100n
arreglo razonable, relación entre fallo esperado y: 545-546
arreglos: ahorro de costos de, 536; costos administrativos de, 524; extrajudiciales, 533, 544; falta de, 546-548; juicios repetidos, 544-546; malas noticias como buenas para, 533-535; revelación obligatoria de información privada en la promoción de, 522; como solución cooperativa, 544
asalto: 260
asbesto: 345, 366; litigación relacionada con: 367-370
asignación eficiente en el sentido de Pareto: 124
asimetrías de la información: 66-67
Asociación de Fabricantes de Aparatos Domésticos: 564
Asociación Estadunidense de Arbitraje: 436, 551
Asociación Nacional de Sherifes: 684
asociaciones voluntarias: 564
aspectos procesales de las disputas civiles: 520
asumidor del riesgo al menor costo: concepto de, 477; principio de, 20
asunción del riesgo: 372n
autoexpresión: 156-157
Autoridad Internacional del Lecho Marino (ISA): 207
aversión a la pérdida: 74, 538

aversión al arrepentimiento: 538-539
azar moral: 75-76, 325

bancarrota: 323, 329-331
barotse (tribu africana): 104
beneficiario de la promesa: 379
beneficio externo: 63
beneficio marginal: 40-42
beneficios: crecimiento y, 77-78; en la teoría microeconómica, 47; externos, 63; marginales, 41
beneficios sociales del encarcelamiento: 677-681
bienes privados: 145-148; distinción entre bienes públicos y, 159
bienes públicos: 65-66, 145-148, 482; conexión entre imposibilidad de la apropiación y, 161; distinción entre bienes privados y, 159; no exclusión de, 161; teoría de, 149
bienes: privados, 145-148; públicos, 65-66, 145-148, 482
bonos, David Bowie: 330n; bursatilización, 330n
buen samaritano: 47
bursatilización: 330; bonos de, 330n

"cada quien paga sus propios costos legales" (regla estadunidense): *véase* regla estadunidense
cadena del título, rompimiento de: 213-215
cadena perpetua: 644
California: ley de revisión de antecedentes: 707; ley de tres strikes, estás ponchado en, 648, 680; pena de muerte en, 688-689
Cámara Internacional de Comercio: 418, 436, 550
cambios demográficos: 712-713
carga de la prueba: 592-600
Carolina del Norte, pena de muerte en: 688-689
cárteles: 493; ilegalización de, 494
caso de la mano peluda: 426
casos de diversidad: 94
casos de ilícitos culposos, juicios civiles por: 609
casos de la coronación: 405
casos de propiedad intelectual: 609
casos laborales: 609
castigo desproporcionado: 617
castigo eficiente, cantidad óptima de: 643-645
castigo esperado: 659-660
castigo monetario: 623

castigos: clasificación de, 627-628; en el derecho penal, 622-623; desproporcionados, 617; en la disuasión del delito, 664-676; eficiente, 643-645, 676-688; esperados, 659-660; monetarios, 623; probabilísticos, 691
causa: de acción, 94, 522; de hecho: 266; responsabilidad de ilícitos culposos y, 266-270
caveat emptor: 489n
cazadores de recompensas: 649
Central Kentucky Natural Gas: 200
cerramientos: 193
champerty (prohibición al derecho común): 581n
cinta scotch: 187
clasificación por experiencia: 77, 325
cláusula de adición: 500-502
cláusula de la confiscación de la Quinta Enmienda: 242
cláusula del alma inmortal: 498
cláusulas de castigo: en la ejecución de contratos, 436-437; razones para hacer cumplir, 437-439
cláusulas de subrogación: 329 coacción: 402, 466-471; doctrina de, 470, 503-504
coaseguro: 75
Coca-Cola Company: 186, 189
Código Alemán de Derecho Civil: 212n
Código de Hammurabi: 350n
Código napoleónico: 87
colegio dividido: 582
Comisión Costera de California: 251-255
Comisión de Comercio Interestatal (ICC): 147
Comisión de Seguridad de Productos de Consumo: 365
Comisión Federal de Comunicaciones: 91
Comité de Arbitraje de Visa: 550
Compañía de la Bahía de Hudson: 192
compañía de tarjetas de crédito Visa: 550-551
compensación: 242-243, 433-434; en derecho civil, 624; de la innovación-difusión: 165-166; paradoja de, 450-453; de los trabajadores: 372-373
compensación perfecta: 433, 623, 624; definición, 265, 347, 428-429; diferencia entre devolución perfecta y, 623; evaluación económica de los incentivos, 347; imposible para diferentes tipos de lesiones, 433; internalización del daño causado por los victimarios, 624 compensar: 252 competencia imperfecta: 54 competencia perfecta, monopolio y: 492 complementos: 255
comportamiento: delictivo, 635-636; efecto de las sanciones legales sobre, 15-16; intención criminal y, 635-636; de toma de precios, 47-48

compromiso: 386-391
comunismo: caída del, en Europa Oriental, 198; delito y, 619; teoría del, 104 concepto económico tradicional de indiferencias: 347
concepto legal de la propiedad: 108-109 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS): 206-207
confianza: 395-397; eficiente, incentivos para: 515-519; inversión en, 449-453; marginal, tope a: 457; razonable: 384n
confiscaciones: 241-251, 449; base estrecha de, 243; contraste como medios de financiamiento gubernamental, 242
conflicto de leyes: 93n
congestión *vs*. mantenimiento de los límites: 204-209
consejo del rey: 100n
consentimiento unánime: 198
conservadurismo, origen de la propiedad y: 157-158
consideraciones: 379, 380, 381
constituciones: 89 consumo, no rival: 65
contaminación, daño causado por: 137-138
contigüidad: 245
contingencia: afortunada, 445-449; de 100%, 581; desafortunada, 442-445
contrato al contado: 460
contrato de futuros: 460
contrato de precio bajo y garantía débil: 496n
contrato social: 114
contrato(s): de adhesión, 494-497; bajo coacción, 467-468; al contado, 460; cumplimiento de contratos monopólicos, 492; forma estándar, 494-497, 498, 505; futuros, 460; honorarios por servicio, 576-577, 580-583; imperfecciones en, 398; indefinido, 492n; informales, 463; interpretación económica de, 397-407; un mal samaritano, 472; métodos de cumplimiento formales de precio alto y garantía fuerte, 496n; perfecto, 398, 407; precio bajo y garantía débil, 496n; relacionales, 407-415; social, 114; tómalo o déjalo, 495; teoría económica del cumplimiento, 385-391; teoría económica de los remedios, 391-397; *véase también* incumplimiento de contrato de adhesión
contratos bajo coacción, diferencias entre negociación y: 468-469
contratos de adhesión: 494-497, 504
contratos de forma convencional: 494-497, 505; compra de almas utilizando, 498-499
contratos de malos samaritanos: 472
contratos de tómalo o déjalo: 495
contratos indefinidos: 492n
contratos perfectos: 397-398, 407

contratos relacionales: 407-415
contribuciones caritativas: 162; responsabilidad conjunta y separada con y sin, 336-339
control de armas: economía del, 705-710; leyes sobre, 706, 713-714
control político: 198
Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 6 (2): 622n
cooperación: 386-391; en la creación de excedente, 110, 111, 140, 544
copyright: 159, 164, 182-184; amplio, 182; corporaciones históricas, 183; duración de, 182-183, 188; futuro de, en la era digital, 184 corporaciones criminales: 629
corpus juris civilis: 87
Corrections Corporation of America Inc.: 684 corto plazo: 48-49
costo de oportunidad: 422-423, 578; ventaja comparativa y, 52 costos de agotamiento: 217-221
costos de búsqueda: 126
costos de elusión: 217-221
costos de la información, compensación entre costos de transacción y: 134
costos de presentación: 531
costos de registro, costos de verificación *vs.*: 209-211
costos de transacción: 122-123, 141, 406-407, 460; compensación entre costos de información y, 134; elementos de, 126-130; factores que afectan, 130; nulos: 151; en la obstrucción de la negociación, 143; de la redistribución, 23
costos de verificación, costos de registro *vs.* : 209-211
costos externos: 63, 149 costos fijos: 48
costos marginales: 40; internalización de, 455; privados, 64-65; sociales, 64-65; del tiempo de los abogados, 578
costos sociales: de accidentes, 275-277; del delito, 660-664; derecho penal y, 641; del encarcelamiento, 681-682; de un error, 524-525; como meta del proceso legal, 523-526; minimización, 523-526, 540-541
costos variables: 48
costos: administrativos, 524; de agotamiento, 217-221; comparación entre costos de error y, 524; de elusión, 217-221; del error, 524; externos, 63; fijos, 48; en ilícitos culposos, 275; de presentación, 531; marginales, 40-41; marginal privado, 64-65; marginal social, 64-65; reducción, 684; de transacción, 122, 460; variable, 48
costumbres del comercio: 411 costumbres sociales, aplicación de: 296 Court of Exchequer of Pleas: 99n-100n Court of King's Bench: 100n Creative Commons: 183 crecimiento, beneficios y: 77-78 credibilidad, características de: 185 cubo de Rubik: 168 cuestiones federales: 93 cuidado razonable: 272 *culpa*

in contrahendo: 405 culpa, negligencia y: 312-313
cumplimiento: defensas de formación y excusas, 463-505; eficiencia de, 460; específico, 417, 434- 435; inversión en, 449-463 curva: de la demanda: 44-46; de la disposición a pagar: 652; del costo marginal privado: 239; del costo marginal social: 239; de indiferencia: 38-39 *cy pres*, doctrina de: 221

daño: contaminación como causa de, 137-138; excesivo, 343; público en el derecho penal, 620; responsabilidad de ilícitos culposos y, 262- 265; riesgo de, accidental, 323
daño accidental, riesgo de: 323 daño excesivo: 343
daño público en el derecho penal: 620-621
daños: 135-136; compensatorios, 135-136, 234, 346, 618; de confianza, 422-423, 426-427, 510-511; de costo de oportunidad, 423-425, 428-429; elección entre mandato judicial y, 234-235; esperados, 570; de expectativa, 328, 390, 419-422, 515; límite para, 456; liquidados, 435-440; medición de, 510-511; mitigación de los, 458; pago perfecto de, 518; pago perfecto de, de expectativa, 518; pago imperfecto de, de expectativa, 518; permanentes, 234; punitivos, 352-357, 618; regla de Hand, 346-352; resarcimiento, 433; separación de, 308; temporales, 234
daños causados por producto: 308-310; responsabilidad de, 326-327
daños compensatorios: 234, 346; diferencia entre daños punitivos y, 135n; por lesiones físicas, 426; pago de, 618; suma de dinero como, 135-136
daños de confianza: 422-423, 426-427, 510-511; distinción entre daños de expectativa y, 420 daños de expectativa hipotéticos: 455
daños de expectativa: 382, 390, 419-422, 427, 515; distinción entre daños de confianza y, 420n; hipotéticos, 455
daños del costo de oportunidad: 423-425, 510; medición, 426-427; pago perfecto de los: 424 daños esperados: 570
daños liquidados: 435-439; incumplimiento eficiente y, 440-441
daños monetarios, aumento de: 623 daños negativos *(damnum emergens):* 424 daños permanentes: 234 daños positivos *(lucrum cessans):* 420 daños punitivos: 352-357; distinción entre daños compensatorios y, 135n; pago de, 618
daños temporales: 234 deber cívico en disuasión de delito: 650-654 decreto equitativo, violación de: 135n deducibles: 75
defecto: de diseño, 344, 364; de manufactura, 344, 364; de prevención, 344 defensa de la demencia: 461 defensa nacional: 65-66
defensas de formación, excusas de cumplimiento y: 463-505
delincuente habitual: 680 delincuentes, seguros para: 646
delito: aborto y, 674-676; afroamericanos y, 662-663; castigo y disuasión en,

664-676; y castigo en Estados Unidos, causas de, 657-660; causas de, 657-660; clasificación de, por gravedad, 627; costos sociales de, 660-663; culpabilidad de delito futuro, 666; definición, 619; disminución del, en los Estados Unidos, 710-717; hacer carrera en, 672-674; incoado, 620; pandillas callejeras, 658; racional, 627-633; racionalidad disminuida y, 636-641; responsabilidad estricta, 629; tasas delictivas en, 655-657; tasas de encarcelamiento en, 657; teoría económica de, 615-654; sin víctimas, 620-621; violento, 657n
delito juvenil, disuasión del: 639-640 delito racional: 627-633; aplicación del modelo de, a la política pública, 633-635
delitos de responsabilidad estricta: 629 demanda: elasticidad precio de la, 45; individual, 44-46; ley de la, 45; de seguros, 74
demandados: 95 demandante: 95
demandas: árboles de decisión en el fallo de, 526-528; cálculo del valor de una reclamación legal, 528-532; causa de acción de, 522; honorarios de presentación de, 571-574; por molestias, 583-585; número de reclamaciones y, 569-571; presentación de reclamaciones en, 569-571; razones para, 526-532 demandas legales: cálculo del valor de, 528-532; número de abogados y presentación de, 574-575
derecho: de almirantazgo: 216-217, 343; protección de: 625; valores relativos del: 143 derecho de contratos: 261, 417-519; acciones no verificables, 453-455; coacción, 466-471; contingencia afortunada, 445-449; contingencia desafortunada, 442-445; contratos de adhesión, 494-498; costo de oportunidad, 423-425; cumplimiento específico, 434-435; daños de expectativa, 419-422; daños liquidados, 435-440; defensas de formación y excusas
del cumplimiento, 463-505; engaño, 490; error mutuo acerca de los hechos, 480; error mutuo acerca de la identidad, 480-481; error unilateral, 483-488; fraude, 490; frustración de propósitos, 479-480; imposibilidad, 474-479; incompetencia, 465-466; inconsciencia, 498-502; información, 481-492; inversión en cumplimiento y confianza, 449-463; modelos de remedios, 440-449; monopolio y, 492-503; necesidad, 471-474; obligación de revelar, 488-489; pago de daños de confianza, 423-4; paradoja de compensación, 450-453; problema del valor subjetivo, 425-432; promesas vagas o indefinidas, 491-492; remedios alternativos, 419-439; remedios como incentivos, 417- 419; remedios diseñados por las partes, 435- 440; resarcimiento, 433-434; restitución, 432-433; restricciones terribles y riesgos remotos, 466-481; soluciones contractuales para la paradoja de la compensación, 455-458; tiempo, 458-463; teoría económica de, 376-416
derecho de los ilícitos culposos: 258-313; definición, 260-274; esencia

económica del, 261-262; incompetencia del, 624-627; teorema de Coase y, 261-262
derecho de propiedad: 158-159; preguntas fundamentales de, 107; principios normativos de, 132-133
derecho del comportamiento: 79 derecho islámico: 87
derecho mercantil, informe tradicional de: 563-565
derecho penal: castigo en, 622-623; costos sociales y, 641; intención criminal, 618-619; meta económica del, 641-643; necesidad de, 624-627; norma probatoria, 621-622; prosecución pública, 620-621; teoría tradicional del, 616-623
derecho privado: 258; enfoque redistributivo del, 21-24; paradoja de la compensación y, 452-453; primacía de la eficiencia sobre la distribución en el análisis del, 21-24 derecho sustantivo, aplicación de la teoría económica al: 520
derecho y creatividad, *copyright* y patentes: 182 derechos contractuales: 108 derechos de la propiedad: 135-136; convergencia de, 211; establecimiento de, 116; métodos de protección de, 135-145; remedios para la violación de, 230-256; separación
de, 225-230; sobre la propiedad fugitiva, 200-204
derechos: de los ganaderos, 151; del dueño: 184 derrames: 403-404 desastre de Bhopal: 367
descubrimiento: 531n, 535; abuso de, 542; costo de, comparado con la litigación, 541n; costos de error y, 540; Estados Unidos *vs*. Europa, 538-540; jueces y, 531n; previo al juicio, 522; tiempos de, 530-531
descuento hiperbólico: 640n descuento irracional del futuro: 648n; de la incertidumbre, 648n
descuento: 234n desempeño sustituto: 420 desregulación, impulso de la: 147 desregulación, movimiento de: 15 destrucción creativa: 160
devolución perfecta: 623; diferencia entre compensación perfecta y, 623 dietilestilbestrol (DES), litigación relacionada con: 373-374
difusión: 164
dilema del prisionero: 56, 59-60, 110 discriminación racial, pena de muerte y: 697 disparidad de la responsabilidad: 265, 352 disposición de extinción: 589 disputa legal: naturaleza de, 94-97; resolución de, 520; etapas de, 521-523
disputas: de contratos, 602; de la propiedad, 602; de ilícitos culposos, 602; juicios civiles por, 609
disputas civiles, acuerdo para llegar a arreglo extrajudicial: 544; aspectos procesales de, 520; como juego de negociación, 113; negociación de un arreglo en, 544; pago de daños en, 555; responsabilidad en, 555
disputas de ilícitos culposos: 602 disputas novedosas: 99

distribución en análisis derecho privado: 21-24 distribución posterior: 594
disuasión: 665; del delito juvenil, 639; específica, 679; general, 679; hipótesis de, 664; marginal, 644; matemáticas de los instrumentos óptimos de, 645-653; pena capital y, 695-698; privada, 648-650; socialmente óptima, 643
disuasión del delito, deber civil en: 650-653; cantidad óptima de, 643-645 diversidad de ciudadanía: 94 diversificación de la cartera: 476
doctrina de la necesidad: 223n, 505 doctrina de la última oportunidad clara: 102 doctrina de los equivalentes: 169, 171n, 175n doctrina de probabilidad de previsión: 456 doctrina Hadley: 457
doctrina: de *cy pres*, 221; de la coacción, 470, 503; de los equivalentes, 169, 171n, 175n; Hadley, 457; de la imposibilidad, 474, 476-477, 479, 505; de la inconsciencia, 406, 498-502; de la necesidad, 223n, 505; de la posibilidad de previsión, 456; *respondeat superior*, 334; de la última oportunidad clara, 102 dolor y sufrimiento: 351
drogas: adictivas, 698-705; castigo a la venta de, 698-701; guerras de, 704; ilegales, venta de, 620; legalización de, 702-705 drogas, economía de: 698-705 duda razonable, probar la acusación más allá de: 621 duración: 168, 172-173

economía: del bienestar, 61-68; del bienestar formal: 152n; del comportamiento, 78-81; del control de pistolas, 705-710; delito y, 712; derecho de los ilícitos culposos y, 261-262; de la drogadicción y el delito, 698-705; de escala, 51; de la información: 159-163, 486-487; en la interpretación de contratos, 397-407; de la información, 159-163; en la ley, 13-14; en la ley antimonopólica, 13-14; razones para que los abogados estudien, 24-25; retribución y, 678; tasas delictivas y, 671-672
economías: de alcance, 588; de escala, 114n economistas, razones para estudiar derecho: 24-25
efecto de la calidad de la cohorte: 675 efecto de la selección: 605-608 efecto del tamaño de la cohorte: 675 efectos de la dotación: 125 efectos de red: 179
eficiencia: 17, 119, 509-510; de asignación, 3031; definición, 30; de Kaldor-Hicks, 31n, 67-68; como motivación judicial, 565-567; de Pareto, 30-31, 59; primacía de, sobre la distribución al analizar el derecho privado, 21-24; en teoría microeconómica, 30
eficiencia de Pareto: 30-31, 59, 382, 462, 567; *ex ante* y *ex post*, 391; de exigibilidad, 391 eficiencia dinámica: 164 eficiencia distributiva: 468
eficiencia económica: 208, 230, 385, 483-484 eficiencia estática: 164
eficiencia social: 202; presentación de reclamaciones y, 572
ejecución: costos de, 126-127; privatización, 649; remedio para el incumplimiento de promesas, 382-383
"el perdedor paga todos los costos legales" (regla inglesa): *véase* regla europea "el

perdedor paga todos los honorarios legales" elasticidad unitaria de la demanda: 45n elasticidad-precio de la demanda: 45 elección del consumidor y la demanda, teoría de: 35-46
empleo común: 372n empresa Bayer: 187
empresa maximizadora de ganancia: 16, 46-48, 64-65
empresa privada: 194 empresas cooperativas: 199 *en banca:* 92
encarcelamiento falso: 260 encarcelamiento: 677-681; beneficios sociales de, 677-681; costos sociales de, 681-682; tasas en Estados Unidos, 657 encriptación: 184
enfoque redistributivo del derecho privado: 21-24 engaño: 490, 504
epidemia de crack, en retroceso: 715, 716 equilibrio: análisis de, 54-56; estable, 30; en una industria perfectamente competitivo, 50-51; inestable, 30; del mercado, 49-56; en el mercado monopólico, 51-54; de Nash, 59; en teoría microeconómica, 30 equilibrio bifurcado separa: 590n equilibrio de Nash: 59, 286n equilibrio estable: 30
equilibrio general, economía del bienestar y:
61-68
equilibrio unitario: 590n error de ejecución: 356-357; pérdida de eficiencia debida a, 356
error mutuo: 406; acerca de los hechos, 480, 504; acerca de la identidad, 480-481, 504 error puramente aleatorio: 302 error unilateral: 483-488, 504
errores: como causa de, apelaciones, 613; comparación de costos administrativos y, 524; costos sociales de, 524-525; de ejecución, 356-357; extensión del, 525; de medicación, 360; puramente aleatorios, 302-303; de reducción, 541; reducción del, legal, 569; responsabilidad de ilícitos culposos y, 298-302; tipo I, 621, 678; tipo II, 621, 678; tribunal de apelación en la corrección de, 559; unilaterales, 483-488
errores de medicación: 360 errores de tipo I: 621, 678 errores de tipo II: 621, 678 errores legales, reducción: 569 Escuela Secundaria de Columbine: 705 España, aplicación de la regla europea "el perdedor paga todos los honorarios legales" en: 213
espiral de la muerte: 77 estado de ánimo, delito y: 137-139 estado de naturaleza: 115 Estados Unidos: descubrimiento en, 538; duración del juicio en, 540; encarcelamiento en, 657; evaluación empírica de, 357-374; sistema de responsabilidad de ilícitos culposos, tasas delictivas en, 615 estandarización: 190
estatuto de suspensión: 369n estatutos: 89; de objetos perdidos, 215-217 estimación previa de la probabilidad: 594 estrategia "uno por otro": 409, 413 estrategia dominante: 59, 387n estrategias policiales, mejores: 713 estudio rectangular: 225n

Europa Oriental: caída del comunismo en, 198-199; problema del juego final de, 412 evaluación empírica del sistema de responsabilidad de ilícitos culposos en Estados Unidos: 357-375
exageración: 129
excedente cooperativo putativo: 547 excedente cooperativo: 110, 140, 544; distribución de, 111
excepción de uso justo: 182, 188, 222 exclusividad: 174n-175n exogeneidad de las preferencias: 37n expresión original: 182 extensión del error: 525
externalidades: 63-65, 231-233, 261; graficación, 238-241; remedios para, 233-238; teoría de, 149
externalización del riesgo: 325

fábricas con cercas: 681-682 fallas: 317
fallo: 95; confirmación de, 97; efectivo, 525; esperado y relación entre arreglo razonable, 546; con información perfecta, 524-525, 552; diferencia entre fallo efectivo e información perfecta, 525; revocación de, 97; sumario, 95
fallo por incomparecencia: 601n falso pesimismo, corrección: 534 Federación Estadunidense de Empleados del Estado, el Condado y el Municipio: 684 feudalismo: 157
Fideicomisos de Demandantes Dalkon Shield: 585-586
fideicomiso: 220; de dinastía, 220; de gastar lo ahorrado, 218; perpetuo, 220; que se salta una generación, 221
"fiebre de sábado por la noche": 636-641 fijación de precios, activos: 61 filtros, ofrecimientos como: 585-588 fiscalía en el derecho penal: 620 fiscalía estatal, relación entre jueces y: 621 Florida, pena de muerte en: 688 *force majeure:* 475 forma extensiva: 58
fórmula: del costo efectivo, 423n; del precio sustituto, 420n; del valor disminuido, 422n
forum shopping: 610-611 Francia, tasa delictiva en: 656 fraude: 490, 504
frustración del propósito: 479-480 funciones: como herramienta matemática, 31-33; de producción, 269; de utilidad, 31, 38-40

ganancias conjuntas: 137 garantía de idoneidad: 405n gasto, tributación progresiva y: 150-151 gestión de derechos digitales: 161
Google: 183
gorrones: 66, 146-147, 161, 563 gráficas: 33-35
Gran Bretaña: encarcelamiento en, 657; tasa delictiva en, 657; *véase también* Inglaterra Gran Recesión de 2008-2010: 659, 672 guerra contra las drogas: 704

hechos: 96; error mutuo acerca de los, 480, 504 herencias: 217-221

herramientas matemáticas: 31-35; funciones como, 31-33; gráficas en, 33-35 hipótesis de las ventanas rotas: 713n Holanda: tasa delictiva en, 656
honorarios: contingentes, 23, 555n, 574-575, 581-583; número de reclamaciones legales y, 571-574; de presentación de apelaciones, 612; de presentación de demandas, 571-574; de presentación para registrar una apelación, 612; *véase también* regla europea "el perdedor paga todos los honorarios legales" hostilidad en la negociación: 128-129

identidad, error mutuo acerca de: 480-503 idoneidad, garantía de: 405n ignorancia del comprador, ventaja de: 496 igualdad democrática: 155 ilícitos culposos: 86; masivos, 367-374; teoría económica de, 616; intencionales, 260
imitaciones: 188 imposibilidad comercial: 479 imposibilidad de la apropiación: 161; características de, 161; conexión entre bienes públicos e, 161; de la información, 161 imposibilidad: 474-479, 503; doctrina de, 474, 479, 505; interpretación, 477-478
imprudencia: 618 impuesto sobre la renta: 22 impuestos: beneficio, 22-23; contraste como medios de financiamiento gubernamental, 242; progresivos, 22
in personam: 229n inalienabilidad: 142n, 223-225 incapacidad transaccional: 465 incapacitación selectiva: 666 incapacitación: 677-681; selectiva, 666 incentivos: para los actores invisibles, 343; para la confianza eficiente, 515-519; para la precaución bajo la regla de negligencia, 283-286; para la precaución eficiente, 511-514; remedios como, 417-463
incertidumbre: probatoria, 339-344; toma de decisiones bajo, 69-77 incompetencia: 465-466, 503
inconsciencia: 381, 505; doctrina de, 406, 498-502; procesal, 502, 504
incumplimiento anticipado de contratos: 459; del comprador, 421; precaución en contra de, 395; remedios diseñados por los tribunales para, 418; del vendedor, 420-421 incumplimiento de obligaciones: 270-274 incumplimiento de promesas exigibles, remedio para: 382-383 incumplimiento del comprador: 421; con bien único, 421
incumplimiento del vendedor: 420-421 incumplimiento y cumplimiento eficiente: 441-442
incumplimiento, eficiencia de: 460 independencia, alineación *vs.*: 551-554 indiferencia, concepto económico tradicional de la: 347
inducción recíproca: 379
industria perfectamente competitiva, equilibrio en: 50-51
ineficiencia: de la asignación, 493; dinámica, 493
inelástica, demanda: 45n inferencia bayesiana: 594n
información: características de, 161; común, 482; mixta, 486-487; imposibilidad

de la apropiación, 161; intercambio voluntario de, 535; perfecta, 524-525; privada, 482, 522, 535; productiva, 484; pública, 482; redistributiva, 484; de seguridad, 488; transmisión de, 536; transmisión obligatoria de, 540; transmisión voluntaria de, 535, 536, 540 información asimétrica: 404-406, 482, 522; problema de la agencia y, 582
información privada (o asimétrica): 482, 522, 535; revelación de, 522; revelación obligatoria de, 522
Inglaterra: derecho penal en, 617-618; sistema judicial en, 99n-100n; *véase también* Gran Bretaña
Instituto Estadunidense del Derecho: 88 instrucciones erróneas, alegato de: 100 integración: 192
intención criminal: 618-619; comportamiento delictivo y: 635-636
intercambio de información: 533; Estados Unidos *vs*. Europa, 538-540; malas noticias como buenas para el arreglo, 533-535; malas noticias como gratis, 535-537; minimizar costos sociales de, 540-543
intercambio de rehenes: 414 intercambio voluntario de información: 535-536 intercambios diferidos: 386 interés propio: alineación de interés público y, 552; de las causas de los abogados, 554 interés público: alineación de interés propio e,
552
interés, protección del: 625 internalización: 626-627; del costo, 566; de la externalidad, 231 invariancia: 124-125
invasión: 228 inversión excluyente: 201
investigación jurídica, efecto de la economía sobre: 15
investigación y desarrollo, ley antimonopolio y: 170

Japón, encarcelamiento en: 657 John Howard, Asociación: 684 jueces del artículo III: 91n jueces del derecho administrativo: 91 jueces magistrados: 90n-91n jueces: activismo óptimo de, 551, 553; artículo III, 91n; derecho civil, 88; derecho común, 88; en la elaboración de leyes, 86; independencia de, 553-554; legos, 554; magistrados, 90n-91n; papel de, en los Estados Unidos *vs*. Europa, 540; reglas estatales para la selección de tribunal superior, 552n; relación entre fiscalía y, 621; selección de, en Estados Unidos, 552-553; selección y permanencia de, 94
juego de la agencia: 386-391, 577-583; aleatoriedad y, 582; eficiencia y, 578
juego de negociación del ultimátum: 79
juego de una sola vez: 408
juego repetido: 408-410
juegos no cooperativos: 110
juegos repetidos: 59, 408-410

juicio de jurados: 88
juicio de novo: 558
juicio *non obstante verdicto* (j.n.o.v.): 96
juicio por jurados: derecho constitucional de los estadunidenses a, 573; derecho a solicitar, 539-540; número de juicios civiles como, 608-609
juicio teoría de la información aplicada a: 554 juicios: 548-558; arreglos que reproducen, 543-546; costos de, 603-605, 610; desaparecidos, 608-612; efecto de selección y, 605-608; formalidad de, y costo de resolución de disputas, 522; independencia *vs*. alineación, 551-554; optimismo relativo y, 547; optimismo relativo como causa de, ineficientes, 585; el perdedor paga todo, 555-558; presentación de pruebas en, 531; regla del 50% y, 605-608; valor esperado de, 529
juicios civiles: disminución de, 608; número de, como juicios ante jurado, 608-609 juicios de derechos civiles: 609 juicios en Estados Unidos, jueces en: 540
juicios penales, aumento de: 610 juicios por molestias: 583-585, 587n juicios segmentados: 588-590; comparación con juicio unitario y, 589-590; juicios unitarios *vs*., 590
juicios unitarios: 588-590; comparación con juicios segmentados y, 589-590; juicios segmentados *vs*., 590
Junta de Aeronáutica Civil: 147 jurados: 88; compensación para, 553-554; psicología de, 589; servicio como, 540 jurisdicción: de arrepentimiento, 539; de tribunales federales, 93-94; de tribunales estatales, 93-94
jurisprudencia Humpty-Dumpty: 381 justicia: como costosa, 520; distributiva, 155-156; natural, 204

largo plazo: 48-49 legados:217-221 legalización de drogas: 702-705 legos, jueces: 554
lesiones físicas, daños compensatorios de: 426
letra de cambio: 563n-564n ley: análisis económico de, 15-17, 27; en la corrección de errores al elaborar: 560-563; economía en, 13-15; elaboradas por un juez, 561, 563; de los grandes números, 75; razones para que los economistas estudien, 24-25; *véase también* derecho privado
ley Bartley-Fox de Massachusetts (1974): 708 ley Brady para la prevención de la violencia con pistolas: 707, 714 ley de alimentos, medicamentos y cosméticos: 173
ley de asentamientos (1862): 202 ley de competencia de precios de medicamentos y de restitución de la duración de la patente (1984): 173
ley de imparcialidad en la resolución de lesiones por asbestos: 372 ley de imparcialidad en las demandas colectivas (2003): 579
ley de indulto colectivo (Italia, 2006): 667-668 ley de la judicatura de 1873: 100n

ley de los grandes números: 75, 76 ley de medicamentos huérfanos (1983): 174-175 ley de patentes demasiado extendida: 173, 176 ley de reforma de la justicia civil (Illinois, 1995): 365
ley de responsabilidad: 368, 591 ley de segunda oportunidad (2007): 662 ley federal de marcas comerciales (1946): 184 ley Hatch-Waxman (ley de competencia de precios de medicamentos y de restitución de la duración de la patente) (1984): 173, 174
ley hecha por jueces: 561, 563; como beneficiosa para el público, 561 ley Lanham (1946): 184
ley uniforme de donaciones anatómicas (1968): 226
ley Williams: 193
leyes antimonopólicas: economía en, 13-14; empresas conjuntas y, 171; investigación y desarrollo y, 171
leyes de cantinas: 336 liberación supervisada: 622 libertad: 156-157; máxima, 149 libertarismo digital: 184 libre entrada en el mercado: 473n Librium: 171, 171n licencia: 167
licenciamiento obligatorio: 176 límite de la concesión: 544 litigación selectiva: 561
litigación: costos de, 331-332, 549; eficiencia del mercado de, 560-563; como forma de costos de transacción, 583; revelación *vs*., 541; selectiva, 561 lo razonable, daños y: 348 lubricación de la negociación: 146

magistrados de la posesión: 209 mala práctica médica: 360-364 malas noticias: como buenas para el arreglo, 533-535; como gratis, 535-537
males privados: 150 males públicos: 231-233 malversación: 642; castigo para, 644-645 mandatos judiciales: 135-136, 141-142; elección entre pago de daños y, 234
mano invisible: 552, 562 mapa de indiferencia: 38 marca de servicio: 185n
marcas comerciales: 159, 184-189; justificación económica de, 186-187; como señal de prestigio, 187-188
Mare Liberum (Grocio): 206-207
Mary Carter, acuerdos de: 339
más allá de la duda razonable: 96
matriz de ganancias: 57-58
maximización: restringida, 40; en teoría microeconómica, 29-30; de la utilidad esperada, 70-74
McDonald's: 184
mediación obligatoria: 522
medicamentos huérfanos: 174-175
medicina defensiva, prueba de: 361-362

medidas y límites: 225n
medidor de vida: 219n
medios redistributivos: 150
mejora de Pareto: 31n, 67-68
mejores esfuerzos: 491
mejores prácticas, implementación de: 296
mens rea: 618-619, 629
meollo principal del análisis económico: 617 mercado: competitivo, 551-552; equilibrio de, 49-56; fuentes de las fallas del, 62-67; de futuros, 421; litigación, 560-563; monopolio y poder de, 63; de presentes, 421; responsabilidad de cuota de, 374; valor del, 430
mercado libre, oferta y demanda en: 574-575
mercado monopólico, equilibrio en: 51-54
mercado oligopólico: 54
meta económica del derecho penal: 641-643
microeconomía: 398
Microsoft Word: 183
mirar hacia adelante y razonar hacia atrás: 529n
mitigación de daños: 458
mitigación: 252
modelo económico, extensión del: 314-334
Moleculon: 168
molestia pública: 234
molestia: 233; pública, 234
moneda *de facto:* 564n
monopolio: 406-407, 492-503, 505; competencia perfecta y, 492; natural, 51, 114n, 178; poder de mercado y, 63
motivación judicial, eficiencia como: 565-567 multas: 686-688; *ex ante*, 322; monetarias, 622 múltiplo punitivo: 356-357

National Crime Victimization Surveys: 711 necesidad: 402; privada, teoría de la negociación y: 222
negligencia: 272-273; contributiva, 99, 101, 286-290, 372n, 566; culpa y, 312-313; intencionada, 318; no intencionada, 317-318; regla de Hand para determinar la, 567, 588; en la supervisión del empleado, 335 negligencia comparativa: 286-290, 339-342, 340n, 523n; ligera-gruesa, 340n; modificada, 340n; pura, 340n
negociación: 222, 241; costos de, 127; costos de transacción de la obstrucción, 143; diferencias entre contratos bajo coacción y, 467-468; disputas civiles y, 127-128; con el Estado, 251-255; etapas en, 111-112; exitosa, 122; fuera de la

ley, 137n; hostilidad en, 128-129; lubricación, 146; oferta y demanda y, 576-577; privada, 142; relación entre remedios y, 137; teoría de juegos para explicar la, 113, 127-128, 522; valor esperado de, 530 negociación de un arreglo: sin arreglo, 546-548; 543- 548; falta de, 546-548; juicios repetidos, 544- 546
negociar de buena fe: 491-492 niveles de actividad: bilateral, 290-293; responsabilidad de ilícitos culposos y, 290-293 no exclusión: 65; de bienes públicos, 161 no responsabilidad, regla de: 306 nombres comerciales: 582
norma de la persona razonable: 272, 273 norma de la prueba: 592-600, 599n; del derecho penal, 621-622 norma de Pareto *ex ante:* 567 norma probatoria de lo claro y convincente: 360
normas legales, fijación de: 293-298 normas sociales: 126; eficiencia y, 563-565; promulgación de, 563-565 normas vagas e incertidumbre, responsabilidad de ilícitos culposos y: 302-304 normas, reglas *vs.* : 305 notarios: 210 *numerus clausus:* 229n

obligación: incumplimiento de, 270-274; de lealtad, 433n; a revelar, 488-489, 504 obras derivadas: 164 Octava Enmienda: 683n oferta: de seguros, 74-75; teoría de la, 46-49 oficiales de policía: aumento en el número de,
715; conteo de, 659n-660n ofrecimiento de arreglo: 556 ofrecimientos: de compromiso, 556, 556n; como filtros, 585-588 Oklahoma, pena de muerte en: 688-689
oligopolio: 54
omisión de la duración: 670 optimismo relativo: como causa de juicios, 605; como causa de juicios ineficientes, 585
óptimo del consumidor: 40 órbita geosincrónica: 105n Orbitcom, Inc.: 105 ordenamiento secuencial: 589 ordenamientos de las preferencias del consumidor: 35-38
Organización Mundial del Comercio: 166n organizaciones: como propiedad, 189-194; como víctimas, 354 organizaciones para la atención de la salud, arbitraje obligatorio y: 551

paga sus propios costos: 529 pago imperfecto de daños de expectativa: 517-518; forma de la curva, 518n pago perfecto de daños: del costo de oportunidad, 424; de expectativa, 420, 516; de la confianza: 423
pagos laterales: 56 pagos no cooperativos: 140 pandillas callejeras: 658 paracaídas dorado: 193 paradoja de "el que tumbó la puerta": 595 paradoja de la compensación: 250, 450-453, 478n; solución de contratos para, 455-458
parte razonable: 534n partición: 192
patentes: 159, 164, 166-181; alcance de, 168; dominantes, 172; de duración completa, 173; de Amazon en órdenes por internet "con un solo click", 173; argumento económico de, 180-181; contraste entre amplia y estrecha, 168;

dominante, 172; duración de, 168, 172-173; de duración completa, 173; menores, 173; subordinadas, 172
peaje de puentes: 165 pena capital: *véase* pena de muerte pena de muerte: 688-698; aumento en el uso de, 714-715; discriminación racial y, 697; disuasión y, 689-698; costos sociales de, 695-696
pendiente positiva: 34
pérdida de eficiencia debida al error de ejecución: 356
pérdidas *ex post:* 399 persona razonable: 273 pesca de acceso libre: 649 peso menor: 413 píldora venenosa: 193 poder de monopolio: 164 policía comunitaria: 713
política pública, aplicación del modelo del delito racional a: 633-635 portación de armas, leyes que permiten la: 710, 714
posesión adversa: 213-215; ventaja económica de, 214
posición de repliegue: 112 precaución: bilateral, 281-283; eficiente, incentivos para, 511-514; observable *ex post*, 649; redundante, 288; unilateral, 282 precedente: 86, 99
precio: alto y garantía fuerte, contrato, 496n; y cantidad vaciadores del mercado, 50; del contrato, 448; relativo, 39n; de reservación, 347n; precios: del contrato, 448; relativo, 39n; de reservación, 347n; de la restricción a la entrada, 179; vaciadores del mercado, 50
predicciones: 16-17 preferencia del riesgo: 73 preferencias temporales incongruentes: 640 preferencias, exogeneidad de: 37n preponderancia de la prueba: 93, 596-597 prescripción liberatoria: 369n presentación de pruebas: 522, 531, 531n; intercambio de información en, 522; en el juicio, 531
presentación de reclamaciones, eficiencia social y: 572-573
prestigio, marcas comerciales como señal de: 187
prima (’): 277n
primera ley: de la demanda, 633; de la disuasión, 633
primera posesión: 200 primogenitura: 217n principal-agente: 193-194 prisiones: 622; lucrativas y fábricas con cercas, 684; población creciente, 715-716; programas sociales *vs*., 685
privatización: 205-206; predicciones acerca de, 204-209; de recursos de acceso abierto: 207
pro se: 95n
problema: del juego final, 410-415; de la resistencia, 469; de revelación de preferencias, 448n
proceso de adversarios: 88, 540, 548; jueces en el proceso, 548 proceso inquisitorial: 88, 540; jueces en, 548 proceso legal: evaluación empírica de, 600-614; objetivo del, 523-524; minimización de
sociales, 523-525; razones para demandar, 526-532; como sistema de incentivo,

569; similitudes en, 520; temas en la economía de, 569-614; teoría económica de, 520-568
productos conjuntos: 170 programas de bienestar social: 22 programas sociales, prisiones *vs.* : 685 promesas: cumplimiento de, en el derecho, 378-382; de donativos, 384; indefinidas, 491-492; remedio para el incumplimiento de, exigibles, 382-383; vagas, 491-492 promitente: 379
propiedad: acciones de los dueños de, 148-150; atada, 200, 205; concepto legal de, 108-109; derechos de los dueños sobre la, 217-230; derechos para usar la, de alguien más, 221-223; disputas por, 602; elementos de los costos de transacción, 126-130; fugitiva, establecimiento de derechos sobre la propiedad, 200-204; intelectual, 164-166; ley de, 159, 164; lubricar o asignar, Coase *vs.* Hobbes, 133-134; organizaciones como, 189-194; origen de, y conservadurismo, 157; orígenes de la institución de, 112-117; privada, 156, 194-199; propiedad pública, 148, 194-199; teorema de Coase, 118-126; teoremas normativos de Coase y Hobbes, 131-133; teoría económica de, 117-118
propietario: privado, 148, 158-199; ribereño, 208-209 propósito, frustración del: 503 Propuesta 8: 681 prostitución: 620 proximidad: 268-270
Proyecto de Investigación de la Litigación Civil: 603
prueba: estadística dura, 595; instrucciones del tribunal para la combinación de, 596; preponderancia de, 95-96, 596-599; reglas de la, 599; si no hubiese sido: 266 publicidad, restricciones a, para abogados: 582

Quinta Enmienda: 242; confiscaciones, cláusula de, 242

racionalidad: 315-321; disminuida, delito y, 636-641; del egoísta, 111n; individual, 402-403 razonamiento marginalista: 172 reacción: 95-96
rechazar el rechazo: 461n-462n reclamación culposa inmadura (RCI): 370-371
reclamación legal: 600
reclamaciones: 94; honorarios de presentación y número de reclamaciones legales, 571-573; legales, 600n; presentación de, 569-571
recursos de acceso abierto: 204; privatización de, 204-209
redistribución del delito: 648-649 redistribución: búsqueda de, 21-22; costos de transacción de, 23; por derecho de propiedad, 151-152
reflexividad: 37
regalía: 167; razonable, 176
regla 68: 556n
regla: británica, 555, *véase también* regla inglesa; de castigo de omisión: 457-491; del compañero trabajador, 372n; de fuentes colaterales, 363; del juicio de los negocios, 433n; de línea brillante, 302; de no contribución, 338; M'Naughten, 641; que se salta una generación, 219; de responsabilidad, 136; del 50%, 605-608

regla de Hand: 290n, 293-298; daños según, 346-352; para determinar negligencia, 567, 588
reglas de la propiedad: 136; ejemplos de problemas que atienden las, 105-106 regla de negligencia: 270-271, 312; formas de, 287-288; incentivos para la precaución bajo, 284-286
regla estadunidense "cada quien paga sus propios costos legales", asignación de los costos de los juicios: 523; el cálculo del valor de la reclamación legal, 529; la decisión de no apelar bajo, 529; definición, 529; diferencias entre la regla europea y, 522; en los honorarios del abogado en las demandas por negligencia, 363n; intercambio de información en, 522; jueces en, 552-553; número de juicios y, 555; optimismo relativo y, 555-556; otros países identifican una regla más eficiente, 212-213; pago de los costos de la litigación en, 530n; regla inglesa produce menos juicios que, 555; revelación previa al juicio en, 522; simplificación, 529
regla europea "el perdedor paga todos los honorarios legales", cálculo del valor de una reclamación legal y: 529; aplicación de, en España, 213; ausencia de revelación y, 539; diferencias entre la regla estadunidense y, 523; duración del juicio, 540; jueces en, 540; número de juicios y, 555; optimismo
relativo y, 555-556; pago de gastos legales, 555-558; pago de costos de litigación en, 530n; presentación de pruebas en, 522; requerimiento de buena fe y, 212; responsabilidad y, 556
regla inglesa: 523, 529; *véanse también* regla europea, regla británica
reglas: creación de, 19; contra las perpetuidades, 219-220; del derecho, 86; normas *vs*., 305; específicas, responsabilidad de los ilícitos culposos y, 304-308; legales, evolución de, 97-102; obligatorias, 401-407; de omisión: 230, 400, 464; de primera posesión, 106, 201- 202, 204; de la prueba, 599
regulación del desarrollo: 255-256 regulación *ex ante:* 326
regulaciones: 247-251, 321-323, 449; de seguridad: 322
rehabilitación: 677
relación: de franquicia, 408; inversa, 34; lineal, 35; no lineal, 35; remedio: equitativo, 135; del mandato, 140 remedios: como incentivos, 417-463; diseñados por las partes, 435-439; diseñados por los tribunales para el incumplimiento de contratos, 447; eficientes, 141-145; modelos de, 440-449; relación entre negociaciones y, 137; tipos de, 417
rendimiento máximo sustentable: 205 renegociación, teoría de la: 461 rentar un juez: 598
reportes de delitos, comparaciones internacionales: 615
reputación, importancia de, en la elección de un abogado: 582 requerimiento de buena fe: 212 rescate: anticipado, 472; fortuito, 472-473; planeado, 472-473; previsto, 472 resistencias: 245-246

resolución alternativa de disputas: 550; aumento en, 611
resolución de disputas: 19 *respondeat superior*, doctrina de: 334 responsabilidad: conjunta y separada, con y sin contribución, 336-339; cuota de mercado, 374; estricta, 272-273, 325; incentivos para la precaución bajo la no responsabilidad, 277-281; indirecta, 10; premisa, 359; de producto, 344-346, 364, 364-366; vicaria, 334-336
responsabilidad conjunta y separada para daños múltiples: 591-592; con y sin contribución, 336-339
responsabilidad de ilícitos culposos: 262; bajo la no responsabilidad y la responsabilidad estricta, 277-281; bancarrota, 329-331; cálculo de daños, 346-357; causa, 266-270; costos administrativos y reglas específicas, 304-308; costos de litigación, 331-333; daño, 263- 266; daños con la regla de Hand, 346-351; economía de, 275, 314; errores, 298-301; establecimiento de las normas legales, regla de Hand, 293-298; evaluación empírica del sistema de responsabilidad de los ilícitos culposos en Estados Unidos, 357-374; extensión del modelo, 314-334; extensión del modelo básico, 334; ilícitos culposos masivos, 367-374; incentivos para la precaución bajo la regla de negligencia, 283-286; incertidumbre probatoria, 339-343; incumplimiento del deber, 270-274; mala práctica médica, 360-364; minimización de los costos sociales de los accidentes, 275-277; negligencia comparativa, 339-343; negligencia contributiva y negligencia comparativa, 286-290; niveles de actividad, 290-292; normas vagas e incertidumbre, 302-304; perjuicios causados por productos de consumo, 308-311; precaución bilateral, 281-283; punitivos, 352-357; racionalidad, 315-321; reforma de responsabilidad de productos, 364-366; regulaciones, 321-323; responsabilidad conjunta y separada con y sin contribución, 336-339; responsabilidad de productos, 344-346; responsabilidad vicaria, 334-336; seguros, 323-329; soluciones contractuales para la crisis de la, 370-371; teoría tradicional de, 262-274
responsabilidad de las premisas: 359 responsabilidad del producto: 344-346, 364; reforma, 364-366; vacunas y, 368 responsabilidad estricta: 270-271, 313, 325-326; con defensa de negligencia contributiva, 289; incentivos para la precaución bajo la, 277-281; regla de, 279; seguros y, 426-427; ventajas de, 306-307
responsabilidad: *ex post*, 322, 326; limitada: 192; bancarrota y, 329
responsabilidad total: 343 Restatement: of Contracts, 418; de la ley, 419; (Second) of Contracts, 88; Restatement (Second) of Torts, 88
restitución: 432-433 restricción de la viabilidad: 29 restricciones terribles: 466-481 resultado de equivalencia: 288n retribución y economía: 678 retributismo: 617-618
revelación: de preferencias, problema de, 448n; previa al juicio, 522; costos de,

603; obligación de, 488-489; involuntaria, 537 revisión discrecional: 91, 558 Richmond: 473-474
riesgo: actitudes hacia, 70-74; aversión, 71-72; búsqueda, 73-74; externalización, 325; neutralidad, 72-73; seguros y, 69-77 riesgo propio, omisión de: 297 riesgos: *ex ante*, 399; remotos, 466-481 robo caliente: 709

sanciones legales, efecto de, sobre el comportamiento: 15-16 secretos comerciales: 159, 162-163 sector público: 194 segundo mejor esfuerzo: 491 seguro: 246-247, 323-329; demanda de, 74; oferta de, 74-75; de responsabilidad, 361; riesgo y, 69-77
selección adversa: 76-77, 326n, 328 sentencia: indeterminada, 682; reforma de, 682-686
separación de daños: 308 servicio a la comunidad: 622 servicios legales, oferta de: 574-577 servicios públicos: 51 servidumbre sobre la tierra: 237n sesgo de la retrospectiva: 80, 297, 590 sida: 661
Síndrome de Guillain-Barré: 369n sistema de gobernanza: 191 sistema de impuestos y transferencias: 22 sistema de multa por día: 687 sistema de responsabilidad de los ilícitos culposos en Estados Unidos, evaluación empírica: 357-374
sistema operativo Linux: 183
sistema Torrens: 210n
sobreventa: 431-432
solución de negociación de Nash: 534
solución racional: 111n
Statute of Frauds: 418-419
Sterling Drug Company: 187
subrogación: 324
subsidios estatales: 162
sucesos de baja probabilidad, estimación: 315 suerte moral: 318-319 superracionalidad: 636
Suprema Corte de la Judicatura (consolidación), ley de 1925: 100n Suprema Corte de los Estados Unidos: 91 supresión e interdicción: 701-702 sustitutos: 255

tarjeta de identificación de Propietarios de Armas de Fuego de Illinois: 707 tasas de sufrimiento: 662-663 tasas delictivas: condiciones económicas y, 671-672; en los Estados Unidos, 615, 655-657 tautología: 381 técnicas de ADN: 689
teorema de Coase: 118-126, 131-133, 170, 211n, 602; alentar negociación reduciendo los costos de transacción, 131; aplicación de, 170, 558; definición, 397; derecho de los ilícitos culposos y, 261-262; juegos de negociación y, 128; como principios normativos del derecho de la propiedad, 133; renegociación y,

442, 444
teorema normativo de Hobbes: 131-133 teoría de juegos: 16, 56-61, 110-112, 522; en la explicación de la negociación, 522; inducción recíproca en, 529; negociación racional en, 533; sobre la falla para llegar a un arreglo, 533
teoría de la elección pública: 148n teoría de la elección racional: 79-80 teoría de la fijación de precios de los activos:
61
teoría de la información, aplicada al juicio: 554 teoría de la negociación: de contratos, 378-385; crítica de, 383-385
teoría de precios: 16 teoría del crecimiento: 166 teoría del monopolio: 164
teoría económica: de las apelaciones: 558-567; árboles de decisión, 526-528; arreglos que reproducen los juicios, 544-546; cálculo del valor de la reclamación legal, 528-532; del cumplimiento de contratos, 385-391; del delito y el castigo, 615-654; de la corrección de errores, 558-560; de la eficiencia como motivación judicial, 565-567; de la eficiencia del mercado de litigación, 560-563; Estados Unidos *vs*. Europa, 538-540; falta de arreglo, 548; de los ilícitos culposos, 616; independencia *vs*. alineación, 551-554; del intercambio de información, 533-537; juicio, 548-558; malas noticias como buenas para el arreglo, 533-535; malas noticias como gratuitas, 535-538; minimización de costos sociales, 540-543; minimización de los costos sociales, 523-526; negociación de arreglo, 543-548; objetivo del proceso legal, 523-526; el perdedor paga todo, 555-558; del proceso legal, 520-568; de la promulgación de normas sociales, 563-565; razones para demandar, 526-532; de los remedios contractuales, 391-397
teoría microeconómica: análisis de equilibrio en, 54-56; asimetrías de la información en, 66-67; beneficio en, 46; beneficios y crecimiento en, 77-78; bienes públicos en, 65-66; conexión entre maximización y equilibrio en, 29; costo de oportunidad y ventaja comparativa en, 52; definición, 27-29; demanda individual en, 44-46; economía del comportamiento en, 78-81; eficiencia en, 30; elección del consumidor y demanda en, 35-46; equilibrio en, 30; equilibrio general y economía del bienestar en, 61-68; equilibrio del mercado en, 49-56; estructura de, 27-29; externalidades en, 63-65; falla de mercado en, 62- 67; fijación de precios en, 61; funcionamiento de la empresa en el corto y en el largo plazos en, 48-49; funciones de utilidad y curvas de indiferencia en, 38-39; herramientas matemáticas en, 31-35; maximización, 29-30; maximización restringida en, 41; maximización del beneficio de la empresa en, 46-47; mejoras de Pareto de la eficiencia Kaldor-Hicks en, 67-68; ordenamientos de las preferencias del consumidor y, 35-38; seguros en, 74-77; teoría de juegos en, 56-61; teoría de la oferta, 46-49; toma de decisiones bajo incertidumbre en, 69-77

teoría socioeconómica: 654
teoría tradicional de la responsabilidad de ilícitos culposos: 262-274; causa, 266-270; daño, 263-266; incumplimiento del deber, 270-274
testimonio de un testigo presencial, confiabilidad: 595-596
Texas, pena de muerte en: 688-689 "The Coase Theorem" (Cooter): 125 *The Cost of Accidents* (Calabresi): 276 tiempo, incumplimiento de contrato y: 458-463
título: obtenido del robo, 211-213; registro y transferencia, 209-211
toma de decisiones bajo incertidumbre: 69-77 tort intencional: 260 tradición civil, jueces en: 540 tradición mercantilista: 493
tradiciones del derecho civil: 86-89; abogados en, 594n; codificación del derecho penal en, 617-618; compensación en, 622; daños positivos en, 420; jueces en, 87, 552
tradiciones del derecho común: 86-89; codificación del derecho penal en, 617-618; cumplimiento de contratos monopólicos, 493; daños de expectativa en, 419-420; jueces en, 87, 540, 548; negligencia en, 566; obligación de revelar y, 489; precedente en, 86 tráfico de información confidencial, prohibición contra: 177-178
tragedia: de los anticomunes, 196; de los comunes, 195 transitividad: 37
transmisión de información: 536; relación entre, voluntaria e involuntaria, 535 transmisión involuntaria de información: 536, 540
transmisión obligatoria de información: 540; efectos de, 540 "tres strikes, estás ponchado", en California: 647-648, 680
Tribunal de Apelación de Aduanas y Patentes de los Estados Unidos: 93 Tribunal de Apelaciones del Circuito Federal de los Estados Unidos: 92-93 Tribunal de Demandas Comunes: 99n-100n Tribunal de Reclamaciones de los Estados Unidos: 92
tribunales: de apelación, 91-92; de primera instancia de jurisdicción general, 90; del derecho común, 100n; del rey, 86 tribunales estatales: instituciones de, 90-94; jurisdicción de, 93 tribunales federales: institución de, 90-94; jurisdicción de, 93-94 tributación progresiva: 22; gasto y, 150-151

Uniform Commercial Code (UCC): 88, 212n, 384, 418- 419, 564 Uniform Crime Reports: 656n, 711 uso: libre, 206; público, 243-245 uso razonable: 206; teoría de, 209 usos incompatibles: 106
utilidad: función, 29, 38-39; interdependiente, 270
utilidad esperada: subjetiva (UES), 592; maximización de la, 70-74 utilitarismo: 154-155, 617

vacuna: DTP, 369; Sabin (OPV), 368-369; Salk (IPV), 368-369; contra la polio, 368

Valium: 171, 171n valor de amenaza: 112 valor de hacerlo solo: 112, 544 valor monetario esperado: 69-70 valor subjetivo, problema del: 425-432 valores: contrarios a los hechos, 383; fundamentales, 383; marginales, 249; de mercado, 430; monetarios esperados, 69-70; de la vida estadística, 349
valuación asimétrica: 414 variables dependientes: 33-35; valor de, en la gráfica, 33
variables independientes: 33-35; valor de, en la gráfica, 33
ventaja comparativa, costo de oportunidad y: 52
veredicto: 96
víctimas, organizaciones como: 354 victimarios, responsabilidad conjunta y separada de: 591-92

Windsong Corporation: 105

xeroxear: 187

zonificación: 228, 255-256

ÍNDICE GENERAL

Sumario
Prefacio

I. *Introducción al derecho y la economía*
1. ¿Qué es el análisis económico del derecho?
2. Algunos ejemplos
3. La primacía de la eficiencia sobre la distribución al analizar el derecho privado
4. ¿Por qué deben estudiar economía los abogados? ¿Por qué deben estudiar derecho los economistas?
5. El plan de este libro

II. *Revisión breve de la teoría microeconómica*
1. Estructura de la teoría microeconómica: panorama general
2. Algunos conceptos fundamentales: maximización equilibrio y eficiencia
3. Herramientas matemáticas
4. Teoría de la elección y demanda del consumidor
5. Teoría de la oferta
6. Equilibrio del mercado
7. Teoría de juegos
8. Teoría de la fijación de precios de los activos
9. Equilibrio general y economía del bienestar
10. Toma de decisiones bajo la incertidumbre: el riesgo y el seguro
11. Beneficios y crecimiento
12. Economía del comportamiento

III. *Introducción breve al derecho y las instituciones legales*
1. Las tradiciones del derecho civil y las del derecho común
2. Instituciones del sistema judicial federal y del sistema judicial estatal de los Estados Unidos
3. Naturaleza de una disputa legal
4. Evolución de las reglas legales

IV. *Teoría económica de la propiedad*
1. Concepto legal de la propiedad
2. Teoría de la negociación
3. El origen de la institución de la propiedad: un experimento mental
4. Teoría económica de la propiedad
5. ¿Cómo se protegen los derechos de propiedad?
6. ¿Qué puede ser objeto de propiedad privada? Bienes públicos y bienes privados
7. ¿Qué pueden hacer los dueños con su propiedad?
8. Sobre la distribución
Apéndice. El concepto filosófico de la propiedad

V. *Temas de la economía del derecho de la propiedad*
1. ¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada?
2. ¿Cómo se establecen y verifican los derechos de propiedad?
3. ¿Qué pueden hacer los dueños con sus propiedades?
4. ¿Cuáles son los remedios para la violación de los derechos de propiedad?

VI. *Teoría económica de los ilícitos culposos*

1. Definición del derecho de los ilícitos culposos
2. Teoría económica de la responsabilidad de los ilícitos culposos
Apéndice. Responsabilidad y simetría

VII. *Temas en la economía de la responsabilidad de los ilícitos culposos*
1. Extensión del modelo económico
2. Cálculo de los daños
3. Evaluación empírica del sistema estadunidense de responsabilidad de los ilícitos culposos

VIII. *Teoría económica del derecho de los contratos*
1. Teoría de la negociación: una introducción a los contratos.
2. Teoría económica del cumplimiento de contratos
3. Teoría económica de los remedios contractuales
4. Interpretación económica de los contratos
5. Relaciones contractuales: la economía del largo plazo

IX. *Temas del análisis económico del derecho de los contratos*
1. Remedios como incentivos
2. Defensas de formación y excusas del incumplimiento
Apéndice. Anexo matemático

X. *Teoría económica del proceso legal*
1. El objetivo del proceso legal: minimización de los costos sociales
2. ¿Por qué demandar?
3. Intercambio de información
4. Negociación de un arreglo
5. Juicio
6. Apelaciones

XI. *Temas en el análisis económico del proceso legal*
1. Reclamaciones, abogados, molestias y otras cuestiones en el proceso legal
2. Evaluación empírica del proceso legal

XII. *Teoría económica del delito y el castigo*
1. Teoría tradicional del derecho penal
2. Teoría económica del delito y el castigo

XIII. *Temas en la economía del delito y el castigo*
1. El delito y el castigo en los Estados Unidos
2. ¿El castigo disuade los delitos?
3. Castigo eficiente
4. Pena de muerte
5. La economía de la drogadicción y el delito
6. Economía del control de armas
7. Explicando la disminución de la criminalidad en los Estados Unidos

Índice de casos
Índice onomástico
Índice de temas

[1] Nuestro estilo de cita es una variante del estilo de citación legal que se utiliza de manera más común en los Estados Unidos. Esto es lo que significa la cita: el autor del artículo del que se tomó la cita es Oliver Wendell Holmes; el título del artículo es "The Path of the Law", y el artículo se puede hallar en el vol. 10 de la revista *Harvard Law Review,* publicado en 1897, y comienza en la p. 457. El material citado proviene de las pp. 469 y 474 de dicho artículo.

[2] Se dice que el campo moderno se inició con la publicación de dos artículos seminales: Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics,* vol. 3, 1960, p. 1, y Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal,* vol. 70, 1961, p. 499.

[3] Por ejemplo, el *Journal of Law and Economics* se inició en 1958; el *Journal of Legal Studies* en 1972; el *Research in Law and Economics,* el *International Review of Law and Economics* y el *Journal of Law, Economics and Organization* en el decenio de 1980, y el *Journal of Empirical Legal Studies* en 2004.

[4] William M. Landes y Richard A. Posner, "The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study", *Journal of Law and Economics,* vol. 36, 1993, p. 385.

[5] Véase, por ejemplo, a Stephen M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics,* Foundation Press, Nueva York, 2002.

[6] El nombre completo del Premio Nobel de Economía es el de Premio del Banco de Suecia en la Economía en Memoria de Alfred Nobel. Véase en el sitio web de nuestro libro una lista completa de los ganadores del Premio Nobel y descripciones breves de su trabajo.

[7] Véase Nuno Garoupa y Thomas S. Ulen, "The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States", *Alabama Law Review,* vol. 59, 2008, p. 1555.

[8] Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review,* vol. 85, 1972, p. 1089.

[9] Véase en Richard Posner y Andrew Rosenfield, "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law", *Journal of Legal Studies,* vol. 6, 1977, p. 88, una discusión completa de los casos en que se basa este ejemplo.

[10] El principio supone que el tribunal debe asignar la pérdida total por incumplimiento a una de las partes. De lo contrario, el tribunal podría dividir la pérdida entre las partes.

[11] Los tribunales podrían fallar siempre en favor del consumidor individual cuando éste demande a una corporación por la responsabilidad derivada de daños causados por el uso de los productos de la corporación.

[1] Vilfredo Pareto, politólogo, científico, abogado y economista italosuizo que escribió a principios del siglo XX.

[2] Hay otro concepto de la eficiencia —la eficiencia de Kaldor-Hicks, que podría mejorar la idea de Pareto— que describiremos en la sección 9.C, más adelante.

[3] La pendiente de la ecuación que hemos utilizado en la gráfica II.1 es ½, que es el coeficiente de x en la ecuación. En efecto, en toda relación lineal el coeficiente de la variable independiente nos da la pendiente de la ecuación.

[4] Muchas personas principiantes en el estudio de la microeconomía pueden pensar que este supuesto de la exogeneidad de las preferencias es muy poco realista. Existe cierta controversia sobre este supuesto, incluso dentro de la economía; algunos economistas sostienen que las preferencias son endógenas, es decir, que están determinadas dentro del sistema económico por cosas como la publicidad. No podemos abundar sobre esta controversia aquí, pero estamos muy conscientes de ello.

[5] La ecuación de la línea de presupuesto es $I = p^x x + p^y y$, donde p_x es el precio por unidad de x, y p_y es el precio por unidad de y. Como ejercicio, usted podría tratar de reordenar esta ecuación, con y como la variable dependiente, a fin de demostrar que la pendiente de la línea es negativa. Cuando lo haga, verá que el coeficiente del término x es igual a $-p_x/p_y$. Los economistas llaman "precio relativo" a esta razón.

[6] En virtud de que hemos supuesto que las curvas de indiferencia normales son convexas hacia el origen, hay un conjunto único de x y y que maximiza la utilidad del consumidor. Si las curvas de indiferencia tienen otra forma, es posible que haya más de un conjunto que maximice la utilidad.

[7] Esta regla podría describir igualmente bien un óptimo económico donde la meta del tomador de decisiones sea la minimización de algo. En tal caso, el óptimo seguirá siendo el punto donde $CM = BM$, pero la demostración de la toma de decisiones estilizada que nos llevaría a ese punto sería diferente de la que aparece en el texto.

[8] La medida se denota frecuentemente por la letra e, y los intervalos de la elasticidad se llaman inelásticos (e 1), elásticos ($e > 1$), y elasticidad unitaria ($e = 1$). Por convención, e, la elasticidad-precio de la demanda, es un número positivo (o absoluto), aunque el cálculo que sugerimos produzca un número negativo. En el caso de un bien con demanda inelástica, el cambio porcentual del precio supera al cambio porcentual de la cantidad demandada. Por lo tanto, para un bien que tiene una $e = 0.5$, una disminución de 50% en el precio hará que la cantidad demandada aumente 25%, o un aumento de 15% en el precio hará que

la cantidad demandada disminuya 7.5%. Para un bien con demanda elástica, el cambio porcentual del precio es menor que el cambio porcentual de la cantidad demandada. En consecuencia, para un bien que tiene una $e = 1.5$, la reducción de 50% en el precio hará que la cantidad demandada aumente 75%, o un aumento de 20% en el precio hará que la cantidad demandada aumente 30 por ciento.

[9] Cuando los beneficios de una industria dada son menores que el promedio de la economía en su conjunto, decimos que los beneficios económicos son negativos. Cuando así ocurre, las empresas salen en busca de otras industrias donde las ganancias sean por lo menos iguales al promedio de la economía. Como un ejercicio, trate de demostrar el proceso por el que los beneficios se vuelven cero cuando los beneficios económicos negativos de una industria provocan el cierre de otras.

* Este ejemplo ha sido tomado de Roy J. Ruffin y Paul R. Gregory, *Principles of Microeconomics,* 2ª ed., Scott Foresman, Nueva York, 1986, p. 156.

[10] Suponiendo que el monopolista no puede discriminar con el precio (es decir, cobrar precios diferentes a consumidores diferentes por el mismo producto).

[11] Erik Rasmusen, *Games and Information: An Introduction to Game Theory,* 3ª ed., Wiley-Blackwell, Nueva Jersey, 2001; David Kreps, *Game Theory and Economic Modelling,* Oxford University Press, Oxford, 1990, y Avinash Dixit y Barry Nalebuff, *Thinking Strategically: The Competitive Edge in Business, Politics and Everyday Life,* W. W. Norton, Nueva York, 1991. Pueden encontrarse tratamientos más avanzados en Roger Myerson, *Game Theory,* Harvard University Press, Cambridge, 1991, y Drew Fudenberg y Jean Tirole, *Game Theory,* The MIT Press, Cambridge, 1991. Con especial referencia al derecho, véase a Douglas Baird, Robert Gertner y Randal Picker, *Game Theory and the Law,* Harvard University Press, Cambridge,1995.

[12] ¿Puede el lector imaginar un procedimiento viable para que los sospechosos hayan convenido en no confesar jamás antes de cometer el delito? Dicho en el lenguaje de la teoría de juegos, ¿puede un participante en un juego como el dilema del prisionero hacer un compromiso creíble de no confesar si él y su cómplice son atrapados?

[13] Véase Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation,* Basic Books, Nueva York, 1984.

[14] Esta sección se basa en el capítulo 1 de Robert Cooter y Hans-Bernd Schäfer, *Law and the Poverty of Nations,* 2005; disponible en http://tiny.cc/3g4h8x.

[15] Debido a que la población de China es de cuatro a cinco veces mayor que la

población de los Estados Unidos, el ingreso per cápita de China seguirá siendo de un cuarto a un quinto del de Estados Unidos en 2014. Esta predicción fue hecha por Carl J. Dahlman, profesor de relaciones internacionales e información en la Universidad de Georgetown.

[16] Robert Solow recibió el Premio Nobel de Economía por su contribución a la teoría del crecimiento económico en 1978.

[17] Véase un resumen del material en Russell B. Korobkin y Thomas S. Ulen, "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", *California Law Review,* vol. 88, 2000, p. 1051.

[18] Normalmente, el grupo que juega este juego en línea con las predicciones de la teoría de la elección racional (en la que el jugador 1 hace una propuesta para obtener mucho más de la mitad del capital y el jugador 2 la acepta) es el de los estudiantes de posgrado en economía. ¿Ellos eligen estudiar un posgrado en economía porque ya encuentran atractiva la teoría de la elección racional? ¿o es que sus estudios de posgrado en economía los convencen de que la elección racional es la forma adecuada de comportarse?

[1] “Precedente” se refiere a la práctica de resolver casos similares de una manera similar. Si se sabe que un tribunal resolverá una disputa aplicando el precedente, las partes tendrán una buena idea de lo que podría ser la resolución legal de su disputa. Esto puede inducir a las partes a arreglar la disputa entre ellos, en el marco legal que, según saben, empleará el tribunal.

[2] La única excepción es la difamación.

[3] La frase “derecho civil” tiene dos acepciones. Puede referirse al sistema de derecho de la mayor parte de Europa continental que rechaza al derecho común. Además, “derecho civil” se refiere a las leyes que controlan los desacuerdos surgidos entre dos partes privadas por el incumplimiento de un contrato o por un accidente automovilístico, por ejemplo. En este último sentido, lo opuesto al “derecho civil” es el derecho penal, donde el fiscal público es quien ejercita una acción en contra de alguien que sea acusado de violar un estatuto penal, como la falsificación o el homicidio. Por lo tanto, el derecho común de los contratos, digamos, puede describirse como “derecho civil”, en el sentido de “derecho privado” o “derecho no penal”.

[4] En la última edición de este libro había 25 jueces de distrito en ese distrito.

[5] En la última edición había 12 jueces en el Distrito Norte de Illinois. Los jueces magistrados son nombrados por los jueces del tribunal de distrito en cada distrito federal para un periodo de ocho años renovables. Esos magistrados presiden los juicios por delitos federales menores y atienden peticiones preliminares en delitos federales más graves y mociones previas al juicio para muchos casos civiles. Los magistrados pueden presidir los juicios civiles federales si las partes están de acuerdo.

[6] En agosto de 2010 había un total de 678 jueces de tribunales federales de distrito, 179 jueces de Tribunal de Apelaciones, 9 jueces de la Corte de Comercio Internacional, y nueve jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos por un total de 875 jueces federales. En la actualidad hay 98 vacantes en la judicatura federal. Dado que el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos designa a estos jueces, los 875 jueces federales son llamados “jueces del artículo III”.

[7] Las reglas para resolver si se debe aplicar una ley estatal o federal en un caso determinado son complejas y constituyen por sí mismas un curso especial de la escuela de derecho llamado “Conflicto de leyes”.

[8] Anteriormente se fijaba una suma mínima de dólares ($10 000) en una controversia, incluso en una cuestión federal, antes de que las partes pudieran acudir a los tribunales federales, pero ya no se aplica.

[9] En 2007 el Congreso aumentó la suma mínima de una controversia en los

casos de diversidad, a fin de modificar la carga de trabajo del poder judicial federal. Queda claro que entre mayor sea la suma mínima, menor será el número de casos de diversidad que podrán presentarse ante los tribunales federales.

[10] Pero todavía hay un argumento en favor de la preservación de la jurisdicción federal en los casos de diversidad, cuando los beneficios de una decisión los reciben habitantes de un estado y los costos recaen sobre habitantes de otro.

[11] Por supuesto, en una disputa legal los ciudadanos comunes pueden representarse a sí mismos. Esto se llama comparecencia *pro se,* es decir, "por sí mismo". Una broma común entre los abogados dice que alguien que se representa a sí mismo tiene por cliente a un tonto.

[12] Incluso cuando el juicio ya ha iniciado, pero antes de que el juez o el jurado vuelvan con un fallo, las partes están en libertad de arreglar el caso. Hay ejemplos —sobre los cuales tendremos una pregunta en el capítulo XI— de situaciones en las que el demandante ha arreglado en secreto con uno de varios demandados, pero permite que el juicio continúe hasta su conclusión.

[13] Nuestra selección y discusión de estos casos debe mucho a las estimulantes conferencias impartidas por el profesor Robert Summers en el Quinto Instituto Legal para Economistas.

[14] La frase "acción ejercitada" se refiere a una antigua categoría legal de las disputas. Léase simplemente como "disputa".

[15] "J." significa "juez" o "magistrado" y por tradición los fallos están encabezados por el apellido del juez o magistrado que redactó la opinión mayoritaria, seguido de "J." o, como aparece más adelante, "C.J." para denominar al juez o magistrado principal.

* El sistema inglés tradicional de tribunales se forjó a fines del siglo XII y prevaleció hasta fines del siglo XIX. Consistía en tres tribunales de derecho común y un tribunal de equidad. El primero de los tribunales de derecho común era el Tribunal de Demandas Comunes. Los miembros de ese tribunal eran llamados "magistrados" y estaban presididos por un "presidente". Originalmente el tribunal se concentraba en las disputas civiles acerca de la tierra, pero más tarde llegó a considerar un amplio conjunto de disputas civiles. El Tribunal de la Banca del Rey (Court of King's Bench), el segundo tribunal de derecho común, era originalmente un tribunal penal, pero con el tiempo se convirtió en un tribunal que revisaba las disputas civiles que habían sido apeladas en el Tribunal de Demandas Comunes. El tercer tribunal del derecho común era el Tribunal de Demandas de la Tesorería (Court of Exchequer of Pleas) o simplemente el Tribunal de la Tesorería. El Exchequer era la tesorería del Rey, y este tribunal atendía originalmente las disputas surgidas de los adeudos fiscales y otras

cuestiones relacionadas con la recaudación del Rey. A fines del siglo XVI el Tribunal de la Tesorería había extendido su jurisdicción para cubrir casi todas las disputas civiles. Los miembros de ese tribunal, donde se conoció la apelación de Davies *vs*. Mann, eran llamados "barones", abreviado "B.", y estaban presididos por el barón principal, abreviado "C.B."

El tribunal de equidad era el Tribunal de la Cancillería (Court of Chancery), así llamado porque era presidido por el canciller, el más importante de los miembros del consejo del rey. A fines del siglo XV se creó la Cancillería como un tribunal separado que aplicaba una justicia más flexible que la de los tribunales del derecho común, sobre todo en lo tocante a las reparaciones. Hay una gran diferencia histórica entre los tribunales de derecho y los tribunales de equidad. Una de las diferencias más importantes tiene que ver con los tipos de reparaciones a disposición de un demandante triunfante. En términos generales, un tribunal de derecho otorgará sólo una compensación de los daños monetarios: una cantidad que compensaría al demandante por su pérdida. Un tribunal de equidad hará algo más que eso si el demandante puede demostrar que la pérdida es tal que los daños monetarios no son una compensación adecuada.

En la Ley de la Judicatura de 1873 y la Ley de la Suprema Corte de la Judicatura (Ley de Consolidación) de 1925, el Parlamento Británico remplazó todos estos tribunales —y la distinción entre derecho y equidad— por una estructura muy simplificada que no establecía ninguna distinción entre el derecho común y la equidad.

Como veremos en el capítulo IV, estas viejas cuestiones históricas tienen relevancia para uno de los ejemplos más famosos del derecho y la economía: la argumentación de Calabresi y Melamed acerca del método más eficiente para proteger un derecho legal.

[16] Pero ése no es el fin de la historia de la negligencia contributiva y la "última oportunidad clara". El episodio siguiente está en British Columbia Electric Rail Co. Ltd. vs. Loach [1916] 1A.C. 719. En resumen, la disputa de este caso era la siguiente: Benjamin Sands iba conduciendo una carreta tirada por caballos al tiempo que hablaba con un amigo. Sin prestar atención a lo que lo rodeaba, se metió en los rieles del tren y se detuvo. Se asomó a ver el tren que se acercaba. El mecánico del tren aplicó los frenos en cuanto vio a Sands y su carreta en la vía. Desafortunadamente, sin que el mecánico lo supiera, los frenos estaban defectuosos y no pudieron detener al tren antes de que éste se echara sobre Sands y lo matara. Loach, el albacea de la sucesión de Sands, demandó a la British Columbia Electric Rail Co., alegando la teoría de la negligencia. El ferrocarril sostuvo, siguiendo a Butterfield, que no debía ser considerado responsable porque Sands fue negligente contributivo. Loach contestó que el

ferrocarril tuvo, siguiendo a Davies, la última oportunidad clara de evitar el daño y no lo hizo. El ferrocarril replicó que, en efecto, no había tenido la última oportunidad clara porque sus frenos estaban defectuosos. (Todos convinieron en que el tren se habría detenido a tiempo si los frenos hubiesen estado en buenas condiciones y en que el ferrocarril debió haber revisado los frenos antes de salir del depósito de locomotoras esa mañana.) El fallo dijo que debía considerarse responsable al ferrocarril; de otro modo, dijo el tribunal, se crearía un incentivo para no mantener en buenas condiciones de funcionamiento al tren (o automóvil, o carreta u otro aparato).

[1] Con esta notable pregunta abre el profesor John Cribbet, uno de los investigadores más destacados del derecho de la propiedad, su primera conferencia sobre la propiedad para los estudiantes de derecho de primer año en el Colegio de Derecho de la Universidad de Illinois.

[2] Una órbita geosincrónica significa que el satélite está viajando alrededor de la Tierra exactamente a la misma velocidad de la Tierra, de modo que el satélite parece estar estacionario por encima de un punto de la superficie terrestre.

[3] En los contratos y los ilícitos culposos había una teoría clásica que dominaba el derecho estadunidense a principios del siglo XX. Los capítulos introductorios sobre los contratos y los ilícitos culposos describen esas teorías clásicas. En cambio, no había ninguna teoría clásica de la propiedad comparable en coherencia, detalle o estatura. Lo que había era una antigua tradición filosófica que analizaba la institución de la propiedad en un nivel muy abstracto. Algunas de estas teorías filosóficas de la propiedad se describen en el apéndice de este capítulo.

[4] La teoría de la negociación es una forma de la teoría de juegos. Para información útil acerca de antecedentes, véase la sección del capítulo II que se ocupa de la teoría de juegos.

[5] Los economistas han batallado durante largo tiempo con el hecho de que la racionalidad egoísta no parece suficiente por sí sola para determinar la distribución del excedente cooperativo. Es por ello que utilizamos el término solución razonable, que invoca normas sociales, en lugar de una solución racional. Para advertir la diferencia, consideremos esta explicación racional de la división del excedente cooperativo. Supongamos que, de algún modo, Adán sabe que el excedente cooperativo resultante de un acuerdo entre Blas y él es $1 000. Siendo perfectamente racional, le dice a Blas que le venderá el automóvil por $3 995. Y, además, le explica por qué debiera aceptar ese precio, a pesar de que Adán obtenga $995 del excedente cooperativo, y Blas sólo $5: "Si no aceptas ese precio, no haré ningún trato contigo, en cuyo caso obtendrás $0 del excedente cooperativo. Al precio de $3 995, obtendrás $5 del excedente cooperativo y eso sin duda es mejor que nada". Dejando de lado todas las razones estratégicas por las que Blas no aceptaría esto (¿realmente se alejaría Adán si Blas se rehusara?), esta división del excedente cooperativo es perfectamente racional, pero podría no ser razonable. En efecto, algunos experimentos cuidadosamente controlados han demostrado que la mayoría de los individuos no aceptaría la oferta de Adán, por racional que pueda ser.

[6] Recuérdese que las economías de escala ocurren cuando baja el costo por unidad (o costo promedio de producción) a medida que aumenta la cantidad total de la producción. Llamamos monopolio natural a una tecnología de producción

cuyos costos unitarios bajan en cada nivel de la producción, incluso a los niveles muy grandes, porque un productor más grande puede vender a un precio menor que el de cualquier productor más pequeño.

[7] En general, el contrato social se ha considerado como una construcción lógica, pero algunos teóricos lo han utilizado para explicar la historia. Por ejemplo, se ha sostenido que el feudalismo de la Edad Media corresponde aproximadamente a las condiciones de nuestro mundo imaginario. Los factores económicos que llevaron a que en algunas partes de Europa Occidental se sustituyera este sistema por uno de derechos de propiedad privada ejecutado por un gobierno central se discuten en Douglass C. North y Robert Paul Thomas, *The Rise of the Western World,* Cambridge University Press, Cambridge, 1973.

[8] El profesor Ronald H. Coase discute este teorema en "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics,* vol. 3, 1960, p. 1. El artículo ha sido reimpreso en numerosas antologías legales y económicas, notablemente en R. Berring (comp.), *Great American Law Review,* 1984 (un compendio de los 22 artículos "más notables" publicados en las revistas de derecho de los Estados Unidos antes de 1965).

[9] La situación de negociación es muy diferente si la ley adopta la primera regla (los derechos de los ganaderos) antes que la segunda (los derechos de los agricultores). Según la primera regla, el agricultor es responsable de construir una cerca para mantener el ganado fuera de sus campos de maíz. En estas circunstancias, la cooperación entre el agricultor y el ganadero no ahorra costos en relación con la aplicación de la ley en forma no cooperativa. En consecuencia, según la primera regla, el agricultor construirá la cerca sin ninguna negociación. La primera regla tiene una analogía en el ejemplo del automóvil usado. Recuérdese que Blas valúa el automóvil más que Adán, por lo que puede crearse un excedente si Adán vende el automóvil a Blas. Si Blas es inicialmente el propietario del automóvil, no podrá ganar nada negociando con Blas o cooperando con él. Por lo tanto, el hecho de que Blas sea el propietario del automóvil es análogo a los derechos de los ganaderos. En el ejemplo del automóvil no hay margen para una negociación porque la parte que valúa más el automóvil es ya su propietario; en el ejemplo del ganado y el maíz no hay margen para una negociación porque la parte que puede cercar al ganado a un costo menor está ya obligada a construir la cerca.

[10] En el largo plazo, el terreno del rancho será más valioso si el ganadero no tiene que instalar cercas, y las tierras de cultivo serán más valiosas si el agricultor no tiene que instalar cercas. Si los ganaderos y agricultores alquilan sus tierras, la regla que determina el costo de cercar la tierra puede afectar el valor de renta de la tierra y no la rentabilidad de la actividad que se desempeñe en él. Véanse las diversas versiones del teorema de Coase en Robert D. Cooter, "The Coase

Theorem", *The New Palgrave: A Dictionary of Economics,* Palgrave-Macmillan, Londres y Nueva York, 1987. Por lo que toca a los supuestos especiales que se encuentran detrás de la versión de la invariancia del teorema de Coase, véase el tratamiento gráfico de Thomas S. Ulen, "Flogging a Dead Pig: Professor Posin on the Coase Theorem", *Wayne Law Review,* vol. 38, 1991, p. 91.

[11] Véase a Robert Ellickson, "Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County", *Stanford Law Review,* vol. 38, 1986, p. 623.

[12] Véase a J. Keith Murnighan, *Bargaining Games,* William Morrow, Nueva York,1992, donde aparece un resumen muy ameno de esta literatura. Respecto a experimentos específicos sobre el teorema de Coase, véase a Elizabeth Hoffman y Matthew Spitzer, "The Coase Theorem: Some Experimental Texts", *Journal of Law and Economics,* vol. 25, 1982, p. 73, y Hoffman y Spitzer, "Experimental Tests of the Coase Theorem with Large Bargaining Groups", *Journal of Legal Studies,* vol. 15, 1986, p. 149. Ian Ayres ha afirmado recientemente, en contra de estos descubrimientos, que los derechos ambiguos inducen a la negociación. Véase más en nuestro sitio web.

[13] Como veremos en el capítulo VIII, el derecho contractual puede verse como una aplicación del teorema normativo de Coase porque gran parte de esa área del derecho puede considerarse un intento por reducir los costos de transacción necesarios para la conclusión de un acuerdo consensual.

[14] En virtud de que Hobbes escribió en el siglo XVII, no se expresó exactamente en estos términos, pero esta clase de argumentación impregna su obra clásica, *Leviatán,* 1651. La idea moderna que se encuentra detrás del pesimismo de Hobbes acerca de la distribución es el hecho de que la teoría de juegos no tiene un procedimiento generalmente aceptado para seleccionar asignaciones fundamentales.

[15] Cooter desarrolla esta idea extensamente en "The Cost of Coase", *Journal of Legal Studies,* vol. 11, 1982, p. 1.

[16] Hay otras dos cosas que usted debe saber. Primero, si un demandado no paga los daños a que lo condena un tribunal, su propiedad podrá ser embargada y vendida para recaudar el monto del daño. Segundo, los daños compensatorios deben distinguirse de los daños punitivos, que son daños monetarios por encima de los daños compensatorios a cuyo pago se condena al demandado. El propósito de los daños punitivos es el de castigar al demandado, no el de compensar al demandante. En el capítulo VII discutiremos los daños punitivos.

[17] Las consecuencias para un demandado que viole un decreto equitativo son mucho más graves que las de dejar de pagar una condena monetaria. El hecho de que un demandado no cumpla un mandato judicial no sólo causa una pérdida

para el demandante, sino que también constituye un insulto para la autoridad del tribunal. Un demandado que no cumpla con una orden equitativa puede ser declarado en rebeldía contra el tribunal y encarcelado hasta que acepte cumplir la orden.

[18] Este incentivo para negociar puede ser más teórico que real. Véase en el material de la nota web IV.2, en nuestro sitio web, una discusión de la investigación de Ward Farnsworth acerca de las negociaciones posteriores al mandato.

[19] Aquí se habla de "negociar a la sombra de la ley".

[a] Los beneficios de la compañía de electricidad aparecen en la esquina inferior izquierda de cada celda; los beneficios de la lavandería aparecen en la esquina superior derecha de cada celda.

[20] Calabresi y Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review,* vol. 85, 1972, p. 1089. Como lo indica el título, los autores consideran un tercer método para estimular el uso eficiente de la propiedad: la inalienabilidad, es decir, la prohibición de una solución de negociación para el uso de un derecho de propiedad. En el capítulo siguiente discutiremos brevemente la eficiencia de ese método.

[21] El tribunal conoce los valores relativos del derecho si los elementos no observables de las valoraciones individuales se correlacionan de manera positiva con los elementos observables. Véase Louis Kaplow y Steven Shavell, "Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis", *Harvard Law Review,* vol. 109, 1996, p. 715. Véase también Ian Syres y Paul Goldbart, "Correlated Values in the Theory of Property and Liability Rules", *Journal of Legal Studies,* vol. 32, 2003, p. 121 (rechazando la reivindicación de valores correlacionados —que "las reglas de responsabilidad no pueden sacar provecho de la información privada cuando los valores de los litigantes están correlacionados"—).

[22] Al considerar estos argumentos se llega a una versión más convincente de la segunda regla: "Cuando hay pocas partes para la cooperación (es decir, costos de transacción bajos), el remedio más eficiente es la concesión de un mandato judicial cuando el demandante puede estimar los costos de cumplimiento para el demandado más fácilmente de lo que el demandado puede estimar el pago de daños del demandante".

[23] Antes de leer esta sección, quizá resulte útil repasar el material del capítulo II respecto a los bienes públicos.

[24] Por supuesto, no estamos sugiriendo que la actual división de la responsabilidad entre los proveedores públicos y privados de bienes y servicios siga las reglas que acabamos de establecer. Es decir, hay ahora algunos ejemplos

de la provisión o el subsidio gubernamentales de bienes privados, y de la provisión privada (insuficiente) de bienes públicos. El grado en que existen estas anomalías, y la razón de su persistencia, son dos de los intereses centrales de la rama de la teoría microeconómica llamada "teoría de la elección pública".

[25] El profesor Coase formula este argumento en "Notes on the Problem of Social Cost", *The Firm, the Market and the Law,* The University of Chicago Press, Chicago,1988. En general, los impuestos y otras gabelas gubernamentales recaen finalmente sobre los factores de oferta relativamente fija, tales como la tierra.

[26] Un principio fundamental de las finanzas públicas dice que los impuestos distorsionan menos cuando se aplican a una base amplia en lugar de a una base estrecha. La distorsión disminuye con la amplitud de la base porque la demanda se vuelve menos elástica. Por ejemplo, la demanda de alimentos es menos elástica que la demanda de vegetales, y la demanda de vegetales es menos elástica que la demanda de zanahorias. El ingreso tiene una base muy amplia.

[27] Una importante conclusión técnica de la economía del bienestar formal (el segundo teorema fundamental de la economía del bienestar) refuerza la observación general hecha en el texto: que la eficiencia y la equidad son separables. Con referencia específica al derecho de la propiedad, esa conclusión puede interpretarse en el sentido de que el derecho de la propiedad debería tratar de asignar y aplicar los derechos de modo que una sociedad utilice los recursos eficientemente y luego debería usar el sistema tributario y de transferencias para alcanzar la equidad distributiva. Véase, por ejemplo, a Steven Shavell, "A Note on Efficiency *v.* Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation?", *American Economics Review,* vol. 71, 1981, p. 414, y Louis Kaplow y Steven Shavell, "Why the Legal System Is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income", *Journal of Legal Studies,* vol. 23, 1994, p. 667.

[28] Jeremy Bentham, *Theory of Legislation: Principles of the Code,* edición de Richard Hildreth, Londres, 1931, pp. 111-113.

[29] La presentación moderna más vigorosa de este concepto se encuentra en Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia,* Basic Books, Nueva York, 1974.

[30] Éste es un tema de *The Federalist Papers,* 1786, y de la obra del finado Friedrich Hayek (véase, por ejemplo, *The Constitution of Liberty,* Henry Regnery, Chicago, 1972).

[1] El Acuerdo sobre los Aspectos relacionados con el Comercio de la Propiedad Intelectual, o TRIPS, por sus siglas en inglés, aplica para todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio. Los derechos de propiedad intelectual también se aplican a nivel internacional a través de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, o WIPO, por sus siglas en inglés.

[2] De las patentes expedidas entre 1971 y 1975, 51% se otorgó a corporaciones nacionales, 23% a corporaciones y gobiernos extranjeros, 2% al gobierno federal de los Estados Unidos, y otro 23% a inventores individuales. Esta distribución representa una tendencia durante el siglo en favor de la propiedad corporativa y en contra de la propiedad individual de las patentes nuevas. Frederick Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance,* 2ª ed., Rand McNally, Chicago, 1980.

[3] En 1995, como parte del acuerdo que establece la Organización Mundial del Comercio, el Congreso de los Estados Unidos cambió la vida de las patentes, de 17 años desde la fecha de la aprobación, a 20 años desde la fecha de la solicitud. El cambio, que coloca al sistema estadunidense en conformidad con otros sistemas nacionales de patentes, surgió de la aprobación del último acuerdo de comercio internacional.

[4] Moleculon Research Corp. *vs*. CBS, Inc., 872 R.2d 407, 409 (Fed. Cir. 1989).

[5] Véase Westinghouse vs. Boyden Power Brake Co., 170 U.S. 537, 572, 1898.

[6] Véase Robert P. Merges y Richard R. Nelson, "On the Complex Economics of Patent Scope", *Columbia Law Review,* vol. 90, 1990, p. 839. Véase también Howard F. Chang, "Patent Scope, Antitrust Policy, and Cumulative Innovation", *Rand Journal of Economics,* vol. 26, 1995, p. 34.

[7] El nombre técnico de la doctrina legal que produce resultados perversos es el de "doctrina de los equivalentes". Aplicando esta doctrina, los tribunales podrían fallar que un invento pionero con escaso valor por si solo no es equivalente a una aplicación de tal invento, de modo que la patente para el primero no se extiende a la última. En cambio, los tribunales podrían fallar que un invento pionero con gran valor por si solo es equivalente a una aplicación de tal invento, de modo que la patente para el primero se extiende a la última.

[8] " 'Cuando Librium, el antecesor de Valium, producido por Hoffman-LaRoche, perdió la patente, los precios bajaron de $15 a $1', dijo William Haddad, presidente de la Asociación de la Industria Farmacéutica de Productos Genéricos." Véase "The Shift to Generic Drugs", *New York Times,* 23 de julio de 1984, p. 19.

* Este periodo de exclusividad puede parecerle extraño a algunos lectores. ¿Las

concesiones de exclusividad no son para todas las patentes? Sí, pero existe una restricción muy importante. Una patente normal otorga a su poseedor derechos exclusivos sobre ese invento o innovación. Sin embargo, otros son libres de desarrollar inventos distintos que los sustituyan (pero sin atentar contra) las patentes existentes. (Véase nuestra breve discusión de la "doctrina de los equivalentes" en esta sección.) Por lo tanto, es posible que haya desarrollado y patentado un producto farmacéutico que reduce el nivel de colesterol malo en la sangre. No obstante, otros pueden desarrollar otros productos químicos con el mismo fin, siempre y cuando no sean copias cercanas al primer medicamento. (Tenga en cuenta que la posesión de una porción de un bien inmueble otorga derechos exclusivos sobre esa propiedad, pero no sobre porciones de propiedades situadas en una zona similar.) La distinción en la Ley de Medicamentos Huérfanos es que una vez que alguien desarrolla un producto farmacéutico que cumpla con los criterios para ser designado como medicamento huérfano, nadie más durante siete años puede desarrollar siquiera un medicamento diferente que trate la misma condición o enfermedad (al menos bajo la formulación original de la ley).

[9] Véase a J. Hirschleifer, "The Prívate and Social Value of Information and the Reward to Innovative Activity", *American Economic Review,* vol. 61, 1971, p. 561. Véanse también R. Posner, "The Social Costs of Monopoly and Regulation", *Journal of Political Economy,* vol. 83, 1975, p. 807, y E. Rice y T. Ulen, "Rent-Seeking and Welfare Loss", *Research in Law & Economics,* vol. 3, 1981, p. 53.

[10] Aristóteles, *La política,* libro 1, cap. 11. Agradecemos a Eric Rasmusen este ejemplo.

* Véase, por ejemplo, Michelle Boldrin y David Levine, "The Case Against Intellectual Property", *American Economic Review,* vol. 92, 2002, p. 209. De los mismos autores, véase también *Against Intellectual Property,* Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

† Véase Dava Sobel, *Longitude,* Fourth State, Londres, 1997.

† Véase Steven Shavell y Tanguy van Ypersele, "Reward Versus Intellectual Property Rights", *Journal Law and Economics,* vol. 44, 2001, p. 525. Véase también Michael Abramowicz, "Perfecting Patent Prizes", *Vanderbilt Law Review,* vol. 56, 2003, p. 115.

[11] Como dijera lord Macaulay, el copyright es "un impuesto sobre los lectores para otorgar un subsidio a los escritores". Thomas B. Macaulay, en C. Gaston (comp.), *Speeches on Copyright,* 1914, p. 25.

[12] En octubre de 1998 el Congreso aprobó la Ley de Extensión del Término del Copyright, que extiende la protección del copyright para las obras creadas a partir del 1 de enero de 1978 hasta la vida del autor más 70 años y extiende los

copyrights existentes "creados para arrendamiento y propiedad de corporaciones" a 95 años. Antes del cambio, la Ley de Copyright de 1976 había dado protección por la vida del autor más 50 años. Aparte de otras razones que pudiera haber para la Ley de Extensión del Término del Copyright, una justificación es que así se pone la práctica estadunidense en conformidad con la práctica de Europa Occidental.

[13] William Landes y Richard A. Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law", *Journal of Legal Studies,* vol. 18, 1989, p. 325. Véase también a Wendy Gordon, "On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse", *Virginia Law Review,* vol. 78, 1992, p. 149.

[14] Creative Commons, un proyecto del profesor Lawrence Lessig de la Escuela de Derecho de Stanford, permite a los autores, compositores y otros creadores elegir entre una variedad de protecciones para sus obras. Véase www.creativecommons.org.

[15] Sin embargo, adviértase que no es necesario registrar una marca para recibir un derecho de la propiedad sobre esa marca.

[16] Algunos productores colocan en sus productos el símbolo TM o SM (por marca de servicio), pero estos símbolos no tienen ningún significado legal.

[17] Véase una información general en William Landes y Richard A. Posner, "Trademark Law: An Economic Perspective", *Journal of Law and Economics,* vol. 30, 1987, p. 265.

[18] La empresa alemana Bayer había descubierto el ácido acetilsalicílico a finales del decenio de 1890. El gobierno de los Estados Unidos se apoderó de la marca comercial "Aspirin" durante la primera Guerra Mundial y vendió el derecho para utilizar el nombre comercial a la empresa de fármacos Sterling en 1918. Curiosamente, Bayer compró Sterling en 1994.

[19] James Zinea, "A Discordant Ruling", *Forbes,* 5 de octubre de 1998, p. 66.

[20] Véase R.J. Agnello y L.P. Donnelly, "Property Rights and Efficiency in the Oyster Industry", *Journal of Law and Economics,* vol. 18, 1975, p. 521. Véase también G. Power, "More About Oysters Than You Wanted to Know", *Maryland Law Review,* vol. 30, 1970, p. 199.

[21] Garret Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Science,* vol. 162, 1968, p. 1243.

[22] Véase Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Action,* Cambridge University Press, Nueva York, 1990.

* Véase Michael Heller, "The Tragedy of the Anticommons: Property in the

Transition from Marx to Market", *Harvard Law Review,* vol. 111, 1998, p. 621.

[†] Michael A. Heller y Rebecca Eisenberg, "Can Patents Deter Innovation?: The Anticommons in Biomedical Research", *Science,* vol. 280, 1998, p. 698.

[23] Véase el análisis de los pastizales montañosos en Islandia en Thráinn Eggertsson, *Economic Behavior and Institutions,* Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

[24] La profesora Elinor Ostrom ganó el Premio Nobel de Economía por sus estudios sobre sistemas de gobernanza de recursos públicos y comunes.

[25] Véase una introducción a la propiedad federal de la tierra de los Estados Unidos en Marion Clawson, *The Federal Lands Revisited,* Resources for the Future Press, Washington, 1983.

[26] Thomas A. Merrill, "Establishing Ownership: First Possession versus Accession", Taller de Derecho y Economía en la Universidad de Berkeley, 26 de febrero de 2007.

[27] Cal. R. 175, 2 Am. Dec. 264 (Suprema Corte de Nueva York, 1805).

[28] Véase T. Eggertsson, "Analyzing Institutional Successes and Failures: A Millennium of Common Mountain Pastures in Iceland", International Review of Law and Economics,vol. 12, 1992, p. 423.

[29] Ésta es la aseveración central de Harold Demsetz en "Toward a Theory of Property Rights", *American Economic Review,* vol. 57, 1967, p. 347. Demsetz sostiene, por ejemplo, que los aborígenes estadunidenses no establecieron derechos de propiedad sobre la tierra cuando los costos de administración de las reglas superaban a los beneficios de la propiedad privada. Siguiendo esta idea, trata de explicar el hecho de que ciertas tribus estadunidenses, como las del noreste, cuya principal actividad económica era la caza de animales con trampas para obtener sus pieles, desarrollaron una noción de los derechos de propiedad, mientras que otras tribus no lo hicieron, como las de los indios de las praderas, cuyo recurso principal era el búfalo migratorio. Todavía se discute la medida en que los argumentos de Demsetz puedan ajustarse a la historia o la antropología.

[30] Existe otro sistema para registrar las tierras, conocido como el sistema Torrens, en honor de sir Richard Torrens, quien introdujo este mecanismo simplificado en Australia del Sur en 1858, y ese sistema, o algo parecido, se usa en muchas partes del mundo. En el sistema Torrens el Estado opera un registro y un fondo de seguro de títulos. Los defectos de los títulos causados por el registrador estatal se compensan con el fondo de seguro. Varios estados de la Unión Americana ensayaron con el sistema Torrens, pero todos lo han abandonado porque la contabilidad incompetente causaba tales mermas en los

fondos de seguros de títulos operados por el estado que tales fondos quebraron. (Véase Sheldon Kurtz y Herbert Hovenkamp, American Property Law,West Publishing, Minnesota, 1987, pp. 1151-1244.)

[31] Deberá reconocer que este argumento en favor de un sistema de registro de los derechos de propiedad es un caso general del teorema normativo de Coase que revisamos en el capítulo anterior.

[32] Esto es cierto como una generalización, pero hay algunas excepciones importantes. Por ejemplo, si un ladrón roba dinero y lo utiliza para comprarle bienes a un comerciante, el dueño original del dinero no podrá recuperar el dinero de manos del comerciante. Un ladrón puede transmitir un título válido del dinero. Además, el Código Comercial Uniforme permite que los distribuidores regulares en bienes transfieran a veces un título mejor que el recibido por ellos. Por ejemplo, si una tienda de televisores toma posesión de un televisor robado y lo vende, el comprador tendrá derecho a suponer que el distribuidor tiene un título válido sobre el televisor. Toda responsabilidad para con el verdadero dueño del televisor recae en el distribuidor. ¿Puede usted sugerir una razón económica para que ésta sea la regla sensata?

[33] Nuestra simplificación de la ley europea ignora matices en el derecho civil. Por lo tanto, la regla §935 del Código Alemán de Derecho Civil diferencia al dueño que perdió la posesión de un bien mueble voluntariamente del que lo perdió de forma involuntaria. Un propietario que perdió la posesión involuntariamente tiene una demanda relativamente fuerte contra un comprador de buena fe del mismo.

[34] José Cándido Paz-Ares Rodríguez, "Seguridad jurídica y seguridad del tráfico", *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 175-176, 1985, pp. 7-40.

[35] También se puede adquirir un derecho por el uso adverso de la propiedad de otro. Por ejemplo, alguien que cruce habitualmente la propiedad de otro sin protesta del dueño puede adquirir el derecho a continuar cruzando la propiedad.

[36] Para ser precisos, la postura tradicional distingue cuatro condiciones que debe satisfacer la posesión adversa: 1)El poseedor adverso debe haber entrado efectivamente a la propiedad disputada y haber asumido la posesión exclusiva. 2)Esa posesión debe ser "abierta y notoria". Esta frase significa que la invasión no debe hacerse en secreto; un dueño alerta debe ser capaz de detectarla. 3)La posesión del invasor debe ser adversa u hostil y bajo una "reclamación de derecho". Esta condición exige que la invasión sea incongruente con los derechos de uso del dueño y contraria a los intereses del dueño. 4)Por último, la invasión debe ser continua durante un periodo estatutariamente especificado. Algunos estados del oeste de los Estados Unidos requieren también que el poseedor adverso pague impuestos prediales durante un periodo estatutariamente

especificado antes de adquirir el título. Véase Lawrence M. Friedman, A History of American Law, 2ª ed., Simon and Schuster-Touchstone Books, Nueva York, 1985, pp. 360-361. Adviértase que estas condiciones no se ocupan de las intenciones del poseedor adverso. A pesar de esto, hay pruebas de que los tribunales tienden a aplicar la regla de la posesión adversa en mayor medida cuando la invasión es accidental. Véase Richard Helmholz, "Adverse Possession and Subjective Intent", Washington University Law Quarterly,vol. 61, 1983, p. 331.

[37] En la mayor parte de Inglaterra, desde 1066 (la fecha de la conquista normanda) hasta 1925, la regla general para la disposición de los inmuebles a la muerte del propietario era que pasaran intactos al hijo mayor del occiso, un sistema llamado primogenitura. Los testadores no tenían libertad para modificar esta regla, excepto bajo circunstancias muy excepcionales.

[38] Por ejemplo, se crea un fideicomiso en el que el beneficiario recibe el ingreso por concepto de intereses de la propiedad fideicometida, pero no puede tocar el capital antes de llegar a la edad madura.

[39] Por ejemplo, el dueño deja instrucciones para que, a su muerte, su tierra sea entregada a su hijo mayor, a cuya muerte se entregará la tierra a su hijo mayor, y así sucesivamente.

[40] Anteriormente, en los Estados Unidos los contratantes bloqueaban a veces las ventas futuras a compradores pertenecientes a ciertas razas.

[41] Este recuento sobre la regla contra perpetuidades es más o menos correcto, pero no exactamente. La "vida efectiva" designada como el "medidor de vida" no tiene que ser la de la hija. Podría, por ejemplo, ser la del primer niño nacido en Kinshasa el mes previo a la muerte del testador. Para ser breve, la regla es extremadamente complicada, tan complicada que invita a la creatividad para evitarla.

[42] Véase Max M. Schanzenbach y Robert H. Sitkoff, "Did Reform of Prudent Trust Investment Laws Change Trust Portfolio Allocation?", Journal of Law and Economics,vol. 50, 2007, p. 681. De los mismos autores, véase también "Lawyers, Banks, and Money: The Revolution in American Trust Law", 2011. Como otro ejemplo de la competencia entre jurisdicciones, el fideicomiso se desarrolló en el derecho común, no en el derecho civil. El éxito de los bancos de Londres en el negocio del fideicomiso ha hecho presión en los bancos de París para que modifiquen el derecho civil francés con el fin de obtener todas las ventajas del fideicomiso en el derecho común inglés.

[43] 81 Vt. 471, 71 A. 188 (Suprema Corte de Vermont, 1908).

[44] Supongamos que Ploof encontrara a Putnam en el muelle y negociara con

él. La emergencia ha otorgado un poder monopólico a Putnam, propietario del único muelle cercano. En vista del monopolio de Putnam y la desesperación de Ploof, Putnam podría exigir una cantidad de dinero exorbitante por el uso del muelle. Ploof podría prometer pagarla y negarse a hacerlo una vez que pasara la emergencia. La litigación de tales "contratos de malos samaritanos" se discutirá más adelante, cuando veamos la "doctrina de la necesidad" en el derecho de los contratos.

[45] Por ejemplo, véanse Elizabeth Landes y Richard A. Posner, "The Economics of the Baby Shortage", Journal of Legal Studies,vol. 7, 1978, p. 323, y J. Robert Pritchard, "A Market for Babies?", University of Toronto Law Journal,vol. 34, 1984, p. 341. Véase también el simposio de 1987 sobre la economía de la venta de bebés en la *Boston University Law Review*.

[46] Véanse Susan Rose-Ackerman, "Inalienability and the Theory of Property Rights", Columbia Law Review,vol. 85, 1985, p. 931; Margaret Jane Radin, "Market-Inalienability", Harvard Law Review,vol. 100, 1987, p. 1849, y Richard Epstein, "Why Restrain Alienation?", Columbia Law Review,vol. 85, 1985, p. 970.

[47] Véase Richard Titmuss, "The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy", 1971, donde el autor sostiene que la inalienabilidad es un método eficiente para el control de la calidad. Véanse también Kenneth Arrow, "Gifts and Exchanges", Philosophy and Public Affairs,vol. 1, 1972, p. 343, y Reuben Kessel, "Transfused Blood, Serum Hepatitis, and the Coase Theorem", Journal of Law and Economics,vol. 17, 1974, p. 265.

[48] La sangre puede comprarse en los Estados Unidos, pero la Administración Federal de Alimentos y Drogas requiere rótulos que distingan si la fuente es un "donante pagado" o un "donante voluntario". Además, adviértase que las instituciones no lucrativas que recolectan sangre de "donantes voluntarios" suelen venderla a los hospitales.

[49] La cuadrícula para determinar los límites de las tierras ("estudio rectangular") fue una innovación que se extendió en el Imperio británico en el siglo XIX, en sustitución de la demarcación de los límites de las tierras mediante objetos naturales como árboles y rocas ("medidas y límites").

* Una broma de economistas acerca de esta situación dice así: un paciente que espera un trasplante de corazón se entera por su médico de que hay de pronto dos corazones disponibles: uno de un corredor de maratón de 24 años de edad y uno de un economista de edad avanzada. Sin vacilar, el paciente opta por recibir el corazón del economista porque, según explica a su asombrado doctor, "¡nunca ha sido usado!"

[50] En el lenguaje legal, *numerus clausus* se refiere a una lista de derechos restringida, que incluye los derechos de propiedad. En la propiedad, estos derechos están in rem,lo que significa que se ligan a la cosa, independientemente de quién sea el dueño, mientras que los derechos contractuales están in personam,lo que significa que se ligan a la persona particular que celebró el contrato. Véanse los artículos de Thomas Merril y Henry Smith que se citan al final del capítulo IV.

[51] Véase la sección sobre la valoración de activos del capítulo II para más información sobre el descuento.

[52] En su voto disidente en Boomer *vs*. Atlantic Cement Co., que analizaremos más adelante, el juez Jasen reconoció este punto en su crítica acerca del otorgamiento del pago de daños permanentes por la mayoría. Jasen escribió: "Además, una vez evaluados y pagados los daños permanentes, se eliminaría el incentivo existente para aliviar el ilícito, de modo que continuará sin merma alguna la contaminación del aire en un área".

* Una servidumbre sobre la tierra es una restricción o una carga sobre un inmueble. Por lo general, la servidumbre "acompaña a la tierra", lo que significa que se adhiere permanentemente al inmueble particular y, por lo tanto, no depende de la identidad del propietario. En nuestro análisis del caso, veremos por qué el tribunal desea hacer de la obligación de pagar daños permanentes por una molestia una servidumbre sobre la tierra, antes que una mera obligación de pagar a individuos particulares.

[53] En el nivel q_1 con la tecnología antigua, el costo de la contaminación es *AEF*. En el nivel q_2 con la nueva tecnología, el costo de la contaminación es *AGH*.

[54] La proposición precisa es que los bienes deben gravarse a una tasa inversamente proporcional a su elasticidad de demanda y oferta. Los impuestos amplios recaen sobre agregados que son inelásticamente demandados y proveídos.

[55] Véanse más detalles sobre las confiscaciones como un seguro en Lawrence Blume y Dan Rubinfeld, "Compensation for Takings: An Economic Analysis", California Law Review,vol. 72, 1984, p. 569.

[56] Véase Cooter, "Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution", California Law Review,vol. 73, 1985, p. 1.

[57] Para ser precisos, la eficiencia requiere que Ivonne haga mejoras adicionales hasta que el incremento resultante de sus beneficios cuando no hay acción por parte del gobierno, multiplicado por la probabilidad de que el gobierno no actúe, sea igual a la pérdida de sus beneficios cuando el gobierno actúa, multiplicada

por la probabilidad de que el gobierno no actúe.

[58] La explicación de por qué el mercado proporciona señales equivocadas en esta situación es un tanto técnica. En nuestro sitio web encontrará la explicación.

[1] De un modo similar, muchos sistemas legales solían sostener que las causas legales de la acción de una persona morían con ella. Por lo tanto, si alguien resultaba muerto en un accidente, sus herederos no podrían, de acuerdo con esta teoría, ejercer una acción contra el victimario. En el capítulo siguiente volveremos a ocuparnos de esta cuestión y de una compensación de las pérdidas difíciles de medir.

[2] En la filosofía, un famoso artículo sostiene que una causa es una parte insuficiente pero necesaria de un conjunto de condiciones innecesario y suficiente (INU en inglés). Véase J. L. Mackie, "Causes and Conditions", American Philosophical Quarterly,vol. 2, 1965, p. 245.

[3] El "análisis de la regresión" es una técnica estadística común que los economistas (y otros) utilizan para investigar las correlaciones y las relaciones causales entre las variables. En una regresión, el investigador pretende indagar cómo un conjunto de variables independientes o explicativas se correlaciona con o provoca cambios en una variable dependiente. En el ejemplo del texto, la variable dependiente sería la "probabilidad de contraer cáncer de pulmón" (normalmente medida como el porcentaje de un conjunto en particular —dijeron los residentes de los Estados Unidos en 1990— que padecen cáncer de pulmón, y las variables independientes o explicativas serían cosas como la herencia, la presencia de revestimiento de asbesto, la exposición a productos químicos, o si el sujeto fumaba, la edad, el ingreso anual, y así sucesivamente). El análisis de regresión produce valores para los coeficientes de las variables independientes o explicativas y estimaciones de la significación estadística de dichos coeficientes que permiten al investigador sacar conclusiones acerca de la relación entre cada una de las variables independientes (y de todas ellas en conjunto) y la variable dependiente.

[4] En Mother *Goose* aparece una ilustración famosa de la forma en que puede decirse que grandes sucesos son causados por causas remotas:

Por la falta de un clavo, perdió la herradura;

Por la falta de una herradura, se perdió el caballo;

Por la falta de un caballo, se perdió el caballero;

Por la falta de un caballero, se perdió la batalla;

Por la falta de la batalla, se perdió el reino;

Y todo por la falta de un clavo de una herradura.

[5] Como ocurre a menudo con los casos famosos, los hechos no son tan claros como se ha hecho creer a muchas generaciones de estudiantes de derecho. Véase a John Noonan, Persons and Masks of the Law,Farrar, Straus and Giroux, Nueva

York, 1976, p. 127.

[6] Bertrand Russell, "On the Notion of Cause", Proceedings of the Aristotelian Society,vol. 13, 1912-1913.

[7] Para ilustrar, sea que $S = 1$ indique "no cáncer", y $S = 0$ indique "cáncer". Sea que p indique la probabilidad del cáncer, donde $p = p(F)$ es una función creciente. La utilidad esperada de Carlos puede escribirse $p(F)u_C(0, R) + (1 - p(F)u_C(1, R))$.

[8] Restatement (Second) of Torts, 1977, §519(1).

[9] A fin de mantener simple la gráfica, suponemos que A es constante. El análisis no cambiaría suponiendo que Aes una función decreciente de x,mientras que $p(x)A$ sea una función cóncava.

[10] La prima (') después de pindica la pendiente de la gráfica de la función $p(x)$ en x. La pendiente es negativa en la gráfica VI.3, de modo que el signo de sustracción enfrente de la pvuelve positiva la expresión $-p'(x)$.

[11] Nuestra exposición supone que las partes involucradas en conductas de riesgo saben de antemano cuál saldrá lastimada si ocurre un accidente. En realidad, generalmente uno sabe ex *ante* si será víctima o victimario, aunque no siempre.

[12] Una vez más advertimos que nuestro supuesto, de que antes de un accidente las partes saben quién será el causante, no suele ser cierto.

[13] Para ver por qué, supongamos que la regla es la responsabilidad estricta con una compensación deficiente, lo que quiere decir que la compensación efectiva es menor que la cantidad requerida para la compensación perfecta ($D < A$). Según la responsabilidad estricta con una compensación deficiente, el victimario internaliza la fracción del daño externalizado por la víctima (específicamente D), mientras que el victimario externaliza la fracción del daño internalizado por la víctima (específicamente $A - D$). En consecuencia, la regla de la responsabilidad estricta con compensación deficiente no provee incentivos para la precaución eficiente por parte del victimario. Repitiendo el argumento en nuestra notación, la eficiencia requiere que el victimario escoja x_i para minimizar $w_i x_i + p(x_v + x_i)A$, mientras que una regla de responsabilidad estricta con daños compensatorios D hace que el victimario minimice $w_i x_i + p(x_v + x_i)$D.Si D= A, los incentivos del victimario son eficientes; si $D < A$, los incentivos del victimario son deficientes. Este mismo argumento puede repetirse para la víctima.

[14] El brinco ocurre en la medida en que el victimario negligente es declarado responsable de los accidentes que causó, no sólo de los accidentes que su

negligencia causó. Por ejemplo, si un ferrocarril deja negligentemente de instalar un filtro para atrapar las chispas emitidas por el tren, el ferrocarril será declarado responsable de los incendios causados por las chispas emitidas por el tren, no sólo de los incendios causados por las chispas que un filtro habría atrapado. En cuanto a que los tribunales resuelven el problema y sólo encuentran responsabilidad por los accidentes que el comportamiento no negligente habría prevenido, los costos del victimario no brincan en el nivel de la norma legal.

[15] Podemos probar esto más formalmente. Dada la regla de negligencia con compensación perfecta y la norma legal igual al nivel eficiente del cuidado, el victimario enfrenta la siguiente función de costo:

$x < x^*$ (zona prohibida) → costos del victimario = $w_i x_i + p(x_i)A$;
$x \geq x^*$ (zona permitida) → costos del victimario = $w_i x_i$.

En la zona prohibida, los costos del victimario se aproximan a un mínimo a medida que x se aproxima a x^*. En la zona permitida, el costo del victimario se minimiza cuando x es igual a x^*. Por lo tanto, el victimario minimiza sus costos haciendo x igual a x^*.

[16] Debemos tomar en cuenta que, de acuerdo con nuestra formulación, tanto el victimario como la víctima potenciales podrían tomar precauciones que pueden ser eficientes, pero duplicativas. Es probable que la precaución de uno u otro hubiera evitado el accidente o minimizado su gravedad, de modo que la precaución de la otra parte no aporta nada en lo relativo al beneficio marginal. Sin embargo, debido a nuestro supuesto (realista) de que las partes no pueden negociar antes de la ocurrencia de un accidente, no tienen la oportunidad de descubrir que sólo uno de ellos tiene que tener cuidado. Supongamos que el costo marginal de la precaución de *A* es de $50 y que el beneficio marginal esperado de esa precaución es de $60. Supongamos, además, que el costo marginal de la precaución de *B* es de $53 y que el beneficio marginal esperado también es de $60. Al actuar de manera independiente, cada parte creerá que debe tener cuidado porque el costo marginal de la precaución es menor que el beneficio marginal previsto. Sin embargo, la cantidad total de precaución gastada —$103— es excesiva. Se podría haber obtenido el mismo beneficio, si sólo *A* hubiera incurrido en el costo de precaución de $50 (o si únicamente *B* hubiera actuado a un costo de $53). Esta inversión duplicativa en la precaución parece ser un desperdicio, pero inevitable, teniendo en cuenta nuestro supuesto de que los costos de transacción de la negociación de ambas partes son altos.

[17] Ésta es la definición de un equilibrio de Nash.

[18] La extensión de la negligencia del victimario es igual a $\tilde{x} - x_i$. La extensión de la negligencia de la víctima es igual a $\tilde{x} - x_v$.La proporción de la negligencia de

cada parte, que puede utilizarse para dividir la responsabilidad según una regla de negligencia comparativa, se obtiene como sigue:

$\tilde{x}_i - x_i/[(\tilde{x}_i - x_i) + (\tilde{x}_v - x_v)]$ = porcentaje de responsabilidad del victimario negligente;

$\tilde{x}_v - x_v/[(\tilde{x}_i - x_i) + (\tilde{x}_v - x_v)]$ = porcentaje de responsabilidad de la víctima negligente.

Por ejemplo, si un automóvil que se desplaza a 40 kilómetros por hora choca con un automóvil que se desplaza a 35 kph en una calle con límite de velocidad de 30 kph, los dos conductores se dividirán la responsabilidad en las proporciones de 2/3 y 1/3, respectivamente.

[19] Las diversas formas de la regla de negligencia tienen una elegante simetría matemática, que describiremos en el apéndice de este capítulo.

[20] En ocasiones, en la literatura profesional este resultado se refiere como "resultado de equivalencia".

[21] Supongamos que el fabricante no instala un cinturón de seguridad automático, el conductor no se abrocha el cinturón de seguridad, y se produce un accidente. El conductor demanda al fabricante y argumenta que el fabricante fue negligente por no instalar un cinturón automático. (La instalación de un cinturón automático es más barato que el daño causado por el accidente.) Según una regla de negligencia (simple), el conductor podría ganar la demanda. Previendo este hecho, los fabricantes podrían instalar cinturones de seguridad automáticos. Esto es ineficiente, ya que es más barato que los conductores se abrochen el cinturón de seguridad.

[22] Cualquier forma de la regla de negligencia inducirá la precaucuión eficiente por parte del victimario-víctima cuando la regla Hand establece la norma legal, la cual discutimos más adelante en este capítulo. Véase Jennifer H. Arlen, "Re-Examining Liability Rules When Injurers as Well as Victims Suffer Losses", International Review of Law and Economics,vol. 10, 1990, p. 233.

[23] Véase Aaron Edlin y Pinar Karaca-Mandic, "The Accident Externality from Driving", Journal of Politics and Economy,vol. 114, 2006, p. 931.

[24] La presentación original de este resultado se encuentra en Steven Shavell, "Strict Liability versus Negligence", Journal of Legal Studies,vol. 9, 1980, p. 1.

[25] 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

[26] La regla de Hand está entronizada en la definición de la negligencia que ofrece el instituto Americano de Derecho en el Restatement (Second) of Torts.

[27] El máximo de una función cóncava continua puede encontrarse avanzando en la dirección donde la derivada es mayor.

[28] Véase Robert Cooter y Ariel Porat, "Does Risk to Oneself Increase the Care Owed to Others?", Journal of Legal Studies,vol. 29, 2000, p. 19. Reconocemos que el objetivo principal del derecho de los ilícitos culposos es inducir la internalización de la precaución que confiere un beneficio a otro. En general, el derecho de los ilícitos culposos no busca inducir a los victimarios potenciales a tomar cuidado para minimizar sus propios daños.

[29] Agradecemos a Nick Tideman la corrección de una imprecisión en una formulación anterior de este principio.

[30] He aquí una enunciación más precisa y más técnica del contraste: muchos victimarios responden poco a los cambios de los daños según una regla de responsabilidad estricta (respuesta en el margen intensivo), mientras que pocos victimarios responden mucho ante un cambio de los daños según una regla de negligencia (respuesta en el margen extensivo, con ausencia de convexidad en la función del costo esperado).

[31] En términos técnicos, la solución a la ecuación VI.2 no cambia si remplazamos A por $E(A + \mu)$, donde E es un operador de la expectativa y μ es una variable aleatoria con media cero y varianza constante.

* Véase Louis Kaplow, "Rules Versus Standards: An Economic Analysis", DUKE Law Journal,vol. 42, 1192, p. 557. Adviértase que, contrario a las "normas", los filósofos generalmente utilizan "principios" para hacer referencia a las leyes imprecisas.

[32] En los últimos años ha habido una discusión sobre la implementación de un régimen de no culpa para daños médicos. Discutiremos esta propuesta en el siguiente capítulo.

[33] A. Mitchell Polinsky y Yeon-Koo Che, "Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation", Rand Journal of Economics, vol. 22, 1991, pp. 562-570.

[34] A. Mitchell Polinsky, An Introduction to Law and Economics,2ª ed., Little Brown and Company, Boston, 1989, cuadro 11, p. 98.

[1] Recuérdese que tales preferencias son estables en el sentido de que no cambian con demasiada rapidez o quijotescamente, y están bien ordenadas en el sentido de que son transitivas, lo que significa que si *A* se prefiere a *B* y *B* se prefiere a *C*,entonces *A* deberá preferirse a *C*.

[2] En general, véase Daniel Kahneman y Amos Tversky (comps.), Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases,Cambridge University Press, Cambridge, 1981. Véase también Ulen, "Rational Choice and the Economic Analysis of Law", Law and Social Inquiry,primavera, 1994. Russell Korobkin y Thomas S. Ulen, "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", California Law Review,vol. 88, 2000, p. 1051.

[3] Un ejemplo común de este fenómeno surge de esta pregunta: "¿Qué es más común, el homicidio o el suicidio?" Muchas personas responden "homicidio" debido principalmente a que la información sobre el homicidio es realista y ampliamente difundida, mientras que el suicidio no suele reportarse. De hecho, el suicidio es aproximadamente dos veces más común que el homicidio. Los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades estadunidenses reportaron que, en 2009, hubo alrededor de 18 000 homicidios en los Estados Unidos y alrededor de 34 500 suicidios.

[4] Adviértase además que, si falla el supuesto de la racionalidad, no podremos decir mucho acerca de una política de mejor información para las partes en lo tocante a los valores objetivos de los riesgos. Las partes descontarán esa información o se desentenderán de ella.

[5] Dado que no podría haber evitado este accidente al conducir a 87 km/h, el exceso de velocidad no fue la causa de este accidente, por lo que no debería considerarse como responsable, incluso si hubiera acelerado. Sin embargo, en la práctica, el tribunal puede no estar seguro de estos hechos, y es probable que lo encontrara responsable si hubiera ido a 95 cuando ocurrió el accidente.

[6] Aunque los individuos no pueden escoger si fallan o no, sí pueden controlar la frecuencia y la magnitud de las fallas a través de la concentración, preparación, condicionamiento y la formación. La suerte moral provoca un exceso de inversión en estas actividades por parte de un actor racional. Sin embargo, relegamos este hecho a una nota al pie porque los individuos irracionales que invierten muy poco en cultivar el autocontrol suponen un mayor peligro para la sociedad.

[7] Véase Steven Shavell, "Liability for Harm Versus Regulation of Safety", Journal of Legal Studies,vol. 13, 1984, pp. 357-374, y Charles Kolstad, Thomas Ulen y Gary Johnson, "Ex post Liability for Harm vs.Ex ante Safety Regulation:

Substitutes or Complements?", American Economics Review,vol. 80, 1990, p. 888.

[8] Sin embargo, adviértase que muchas formas de seguros que damos por sentadas no estaban disponibles en el siglo XIX. El desarrollo de los mercados de seguros tomó un tiempo.

[9] Un problema adicional para las aseguradoras es la selección adversa, la cual discutimos en la sección sobre los seguros en el capítulo II y a continuación también la discutimos como una posible fuente de las crisis periódicas de seguros. ¿Si no se corrige, la selección adversa creará problemas de eficiencia en la responsabilidad de los ilícitos culposos? Describa y contraste esos problemas en los regímenes de ausencia de responsabilidad y de responsabilidad estricta.

[10] Sin embargo, algunos estados prohíben el seguro de responsabilidad por daños punitivos, presuntamente por la misma razón que los estados prohíben los seguros contra multas penales.

* Se dice que este proceso —llamado "espiral de la muerte"— caracteriza al mercado de seguros de gastos médicos de los Estados Unidos.

[11] El capital retirado de las reservas se vuelve gravable como una ganancia, de modo que a las compañías aseguradoras no les gusta retirar capital de las reservas sino en los años en los que tienen pérdidas para contrarrestar su carga fiscal. De igual modo, los aumentos de reservas pueden reducir las responsabilidades fiscales (especialmente bajo la ley de impuestos de Estados Unidos antes de las reformas de 1986), por lo que las compañías de seguros prefieren sumar a las reservas en los años en que tienen grandes ganancias por sus otras actividades.

[12] Véase Ralph Winter, "The Liability Crisis and the Dynamics of Competitive Insurance Markets", Yale Journal of Regulation,vol. 5, 1988, pp. 455-500, y M. J. Trebilcock, "The Role of Insurance Considerations in the Choice of Efficient Civil Liability Rules", Journal of Law, Economics and Organization,1988, p. 243.

[13] Lynn M. LoPucki, "The Death of Liability", Yale Law Journal,vol. 106, 1996, p. 1.

[14] Al H. Ringleb y Steven N. Wiggins, "Liability and Large-Scale, Long-Term Hazards", Journal of Political Economy,vol. 98, 1990, p. 574.

[15] Richard R.W. Brooks, "Liability and Organizational Choice", Journal of Law and Economics,vol. 45, 2002, p. 91.

[16] Los bonos permiten que el emisor convierta la corriente de ingreso futuro en una sola suma. Uno de los primeros en usar el método de la bursatilización fue el cantante de rock David Bowie, quien emitió bonos que dieron a sus

tenedores un derecho sobre el ingreso futuro de Bowie. En honor a este uso, los bonos de bursatilización se llaman a veces "bonos David Bowie".

[17] Para un análisis detallado de cómo afecta la bancarrota a las reglas alternativas de ilícitos culposos, véase Alexander Stremnitzer y Avraham Tabbach, "Insolvency and Biased Standards –The Case for Proportional Liability", Yale Law School Faculty Papers,núm. 24, 2009.

[18] Véanse Janusz Ordover, "Costly Litigation in the Model of Single Activity Accidents", Journal of Legal Studies,vol. 7, 1978, p. 243, y A. Mitchell Polinsky y Daniel Rubinfeld, "The Welfare Implications of Costly Litigation in the Theory of Liability", Journal of Legal Studies,vol. 17, 1988, p. 151.

[19] Véase David Rosenberg y Steven Shavell, "A Simple Proposal to Halve Litigation Costs", Virginia Law Review,vol. 61, 2005, p. 1721.

[20] Véase un estudio completo del análisis económico de esta cuestión en Alan Sykes, "The Economics of Vicarious Liability", *Yale Law Journal*,vol. 93, 1984, p. 1231.

[21] Jennifer Arlen y Reinier Kraakman, "Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes", *New York University Law Review*, vol. 72, 1997, p. 687.

[22] Esto es cierto sólo para los ilícitos culposos no intencionales; para los ilícitos culposos intencionales, tales como una violación de los estatutos antimonopólicos, todavía no existe el derecho de la contribución entre victimarios conjuntos.

[23] Primero, los acusados actuaron juntos para causar el daño a la víctima, como cuando dos automóviles conducidos por A y por B están jugando carreras en una calle y uno de ellos atropella a C, un peatón. Los dos pilotos actuaron juntos al correr una carrera de forma ilegal. Segundo, los demandados actuaron por separado, pero el daño de la víctima era indivisible entre ellos. Por lo tanto, dos cazadores que utilizan municiones idénticas disparan a un faisán y ambos hieren accidentalmente a una tercera persona. Ellos actuaron por separado para causar el daño, pero nadie puede separar el daño causado por uno de ellos del daño que causó el otro.

[24] Véanse Landes y Posner, "Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", Journal of Legal Studies,vol. 9, 1980, p. 517, y Polinsky y Shavell, "Contribution and Claim Reduction Among Antitrust Defendants: An Economic Analysis", Stanford Law Review,vol. 33, 1981, p. 447.

[25] W. Bentley MacLeod, Janet Curry y Daniel Carvell, "Accidental Death and the Rule of Joint and Several Liability", Taller de Derecho y Economía en la

Universidad de Berkeley, 29 de octubre de 2009.

[26] El material de esta sección se basa en Cooter y Ulen, "An Economic Case for Comparative Negligence", *New York University Law Review*, vol. 61, 1986, p. 1067.

[27] Cada una de estas limitaciones permitía que un demandante contributivamente negligente recuperara todas sus pérdidas. Adviértase cómo difiere esto del resultado de acuerdo con la negligencia comparativa que se describirá más adelante.

[28] Hay tres formas diferentes de la negligencia comparativa: pura, modificada y ligera-gruesa. Estas formas son muy interesantes pero no fundamentales para nuestro análisis económico.

[29] Éste es un ejemplo de la observación que hicimos antes en este capítulo, a saber: que la perspectiva de una litigación costosa inducirá a los victimarios potenciales a tomar una protección mayor de la que tomarían de otro modo. Un poco de precaución adicional vuelve menos probable un accidente (y por lo tanto un juicio legal).

* Robert Cooter y Ariel Porat, "Total Liability for Excessive Harm", Journal of Legal Studies,vol. 36, 2007, p. 63.

[30] Restatement (Second) of Torts, 1965, §402A, publicado por el Instituto Americano de Derecho, establece esta norma.

[31] Los economistas usan el término de "precio de reservación" para referirse al precio mínimo al que el propietario de un bien está dispuesto a venderlo. La determinación del precio de reservación del propietario de un bien único es un problema práctico difícil, pero no es un problema conceptual.

[32] Para algunas personas, podría haber una suma de dinero a la que resulte atractiva una negociación para vender un brazo, pero su concepto de la moral no les permitiría hacerlo.

[33] Véase Robert Cooter, "Hand Rule Damages", conferencia titulada "Theories of Compensation", Instituto de Derecho y Filosofía de la Escuela de Derecho de la Universidad de San Diego, 28 de febrero de 2003.

[34] Resulta interesante observar que uno de los primeros códigos legales registrados, el Código de Hammurabi, estipula el mismo monto del pago de daños por la muerte culposa de un hombre o una mujer libres, mientras que el sistema individualizado de los Estados Unidos otorga daños mayores en promedio por la muerte culposa de un hombre que por la de una mujer.

[35] La siguiente es la sección sobre "Daños ejemplares" (que es otro nombre

para los daños punitivos) del Código Civil de California, §3294:

"Por opresión, fraude o malicia:

[36] Daniel Kahneman, Cass Sunstein et al.,"Assessing Punitive Damages", Yale Law Journal,vol. 107, 1998, p. 2071.

[37] Véase State Farm Mutual Automobile Ins. Co. *vs*. Campbell, 123 S. Ct. 1513 (2003).

[38] En este argumento está implícito el supuesto de que la tasa a la que los consumidores demandan con éxito a los fabricantes no cambia cuando se suman los daños punitivos a los daños compensatorios. Éste es un supuesto fuerte y poco realista. Cuando los pagos de daños otorgados son elevados, las víctimas y sus abogados tienen mayores incentivos para demandar a quienes los han lesionado. Esto causa luego un efecto de segunda ronda, porque a medida que aumenta el número de demandas, disminuye el error de ejecución, de modo que deberá bajar el múltiplo punitivo. No sabemos si la existencia de un múltiplo punitivo podrá aumentar el número de las demandas justo lo suficiente para corregir la ineficiencia causada por el error de ejecución, o si conducirá a una ejecución excesiva.

[39] Un dictamen reciente de la Suprema Corte de Estados Unidos, Philip Morris *vs*. Williams (2007), parece sugerir que el uso instrumental de los daños punitivos que sugerimos en esta sección podría ser inconstitucional. Véase la nota web VII.9.

[40] Véase Libeck *vs*. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc., núm. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. 18 de agosto de 1994).

[41] Nos basamos en Darnel Kessler y Daniel Rubinfeld, "Empirical Study of the Civil Justice System", en A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell (comps.), Handbook of Law and Economics,vol. I, North-Holland, Ámsterdam, 2007. Para consultar material adicional referente a la evaluación empírica del sistema de responsabilidad de los ilícitos culposos véase también nuestro sitio web.

[42] Véase nuestra discusión de otras tendencias en litigios en la última parte del capítulo XI.

[43] En el capítulo XI veremos que existe evidencia para sugerir que el número total de juicios de todos los tipos ha disminuido en los Estados Unidos. También consideraremos algunos hechos adicionales acerca de los litigios, como la tasa de éxito de los demandantes en los diferentes tipos de acciones. En la medida en que exista información específica acerca del éxito en los casos de ilícitos culposos, la describiremos en las dos secciones siguientes de este capítulo.

[44] Michael Rustad, Demystifying Punitive Damages in Product Liability Cases: A Survey of a Quarter Century of Verdicts,The Roscoe Pound Foundation, Cambridge, 1991.

[45] Doce estados requieren una norma probatoria "clara y convincente" para los daños punitivos, pero no limitan la cantidad. Otros 12 estados imponen un tope al monto de los daños y requieren la norma "probatoria, clara y convincente". Siete estados requieren que una parte de los daños punitivos se pague al Estado. Cuatro estados prohíben las condenas por daños punitivos.

[46] Janet Corrigan, Linda T. Kohn y Molla S. Davidson, To Err Is Human: Building a Safer Health System,National Academy Press, Washington, 2000.

[47] Véase Daniel Kessler en la edición de invierno de 2000 del "NBER Reporter", disponible en http://www.nber.org/reporter/winter00/kessler.xhtml.

[48] Véase Paul C. Weiler et al., *A Measure of Malpractice: Medical Injury, Malpractice Litigation and Patient Compensation*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

[49] Patricia Danzon, "Liability for Medical Malpractice", en A. J. Culyer y Joseph P. Newhouse (comps.), *Handbook of Health Economics*, vol. 1B, Elsevier, Amsterdam, 2000.

[50] Véase Frank Sloan, "Experience Rating: Does It Make Sense for Medical Malpractice Insurance?", *American Economic Review*, vol. 80, 1990, p. 128.

[51] Aaron Catlin, Cathy Cowan, Stephen Heffler y Benjamin Washington (el Equipo de Cuentas del Gasto Nacional en Salud), "National Health Spending in 2005: The Slowdown Continues", Health Affairs,vol. 26, 2007, p. 142.

[52] En 2009 los costos de la atención médica en los Estados Unidos representaron casi el 18% del producto interno bruto de $13 billones de dólares, y a finales de 2009 había aproximadamente 47 millones de personas sin seguro médico (de una población total ligeramente mayor a 310 millones), dos tercios de los cuales son de bajos ingresos.

[53] Al menos un estado, Florida, buscó reducir las demandas por negligencia a través de la derogación de la regla estadunidense que favorece la regla inglesa para los honorarios de los abogados en algunas acciones por negligencia. (La regla estadunidense, que discutiremos en el capítulo XI, exige que cada parte pague los honorarios de su abogado. La regla inglesa pide a la parte perdedora que pague no sólo los honorarios de su abogado, sino también los del abogado de la parte ganadora.) La idea era que habría menos incentivos para presentar una causa de acción especulativa de acuerdo con la regla inglesa. Florida abandonó el experimento después de sólo cinco años, de 1980 a 1985. Véase James W.

Hughes y Edward A. Snyder, "Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence", Journal of Law and Economics,vol. 38, 1995, p. 225 (donde se encontró que la tasa de éxito del demandante, los otorgamientos promedio del jurado y la magnitud de los acuerdos fuera del tribunal aumentaban bajo la regla inglesa, quizás porque la calidad promedio de esas demandas presentó un aumentó bajo la regla inglesa), y A. Mitchell Polinsky y Daniel Rubinfeld, "Does the English Rule Discourage Low-Probability-of-Prevailing Plaintiffs?", Journal of Legal Studies,vol. 32, 1998, p. 517 (que sostiene que, tomando en cuenta el proceso de solución, la regla inglesa fomenta más litigios por la baja probabilidad de demandantes prevalecientes).

[54] Véase Kessler y Rubinfeld, supran. 41, para las citas.

[55] La Suprema Corte de Illinois decretó en 1997 que esta ley era inconstitucional.

[56] Véase Congressional Budget Office, "The Economics of U.S. Tort Liability: A Primer" (2003), disponible en http://www.cbo.gov/showdoc.cfm?index=4641&sequence=0. Recuerde también que en la nota web VII.2 describimos la historia de la responsabilidad por daños derivados del consumo de cigarros.

[57] Véase James A. Henderson y Theodore Eisenberg, "The Quiet Revolution in Product Liability: An Empirical Study of Legal Change", UCLA Law Review,vol. 37, 1990, p. 479. Las cifras citadas en este estudio se refieren a las demandas presentadas en tribunales federales. La mayoría de las demandas por ilícitos culposos se presentan en tribunales estatales, pero los autores creen que las estadísticas federales reflejan también las tendencias de los tribunales estatales.

[58] Los ilícitos culposos masivos están relacionados con las demandas colectivas pero se diferencian de éstas, lo que puede ser un método administrativamente dócil de tratar con ilícitos culposos masivos. Discutiremos la economía de estas demandas colectivas en el capítulo XI.

[†] Los fabricantes de vacunas obraron con particular astucia en este campo. La vacuna parece haber causado una enfermedad potencialmente paralizante o fatal, llamada el síndrome de Guillain-Barré, en una pequeña fracción de quienes fueron inoculados. Numerosos afectados demandaron al gobierno federal como único demandado, de acuerdo con la teoría de la prevención inadecuada. Con relativa rapidez, el gobierno federal suspendió el programa de inoculación contra la gripe porcina.

* Véase Edmund Kitch, "Vaccines and Product Liabilities: A Case of Contagious Litigation", *Regulation*, mayo-junio, 1985.

[59] Cada sistema legal tiene un conjunto similar de reglas para alentar a

aquéllos con demandas legales a presentarlas. El periodo durante el cual la víctima debe hacer valer su demanda o perder se llama "periodo prescriptivo" en los sistemas del derecho civil. La ley también utiliza las frases "estatuto de suspensión" y prescripción liberatoria para describir situaciones similares a aquéllas cubiertas por un estatuto de limitación.

* El material de este recuadro se basa en Robert D. Cooter, "Towards a Market in Unmatured Tort Claims", *Virginia Law Review*, vol. 75, 1989, p. 383. Véase también Paul H. Rubin, *Tort Reform by Contract*, American Enterprise Institute Press, Washington, 1993.

† Para consultar un informe sobre los trabajos en curso, véase Allison Morantz, "Rethinking the Great Compromise: What Happens When Large Companies Opt Out of Workers Compensation?", Taller de Derecho y Economía en la Universidad de Berkeley, 14 de abril de 2008.

* Había tres defensas a disposición del empleador: *1*)el empleo común (también conocido como la "regla del compañero trabajador"), en cuyos términos el empleador podía evitar su responsabilidad afirmando que la causa próxima del daño sufrido por el demandante era la negligencia de otro empleado; *2*)la asunción del riesgo, en cuyos términos el empleador podía argüir que el empleado asumió voluntariamente el riesgo de una lesión relacionada con el empleo (por lo que toca a la economía de los riesgos relacionados con el trabajo, véase Kip Viscusi, Risk by Choice,Harvard University Press, Cambridge, 1983), y *3*)la negligencia contributiva, en cuyos términos el empleador podría evitar su responsabilidad demostrando que la propia negligencia del empleado había contribuido al daño.

[60] Véase Sindell *vs*. Abbott Laboratories, 26 Cal., 3p 588, 607 P.2D 924, 163 Cal., RPTR. 132, cert. denied., 101 S. CT. 285 (1980).

[1] Si Esaú se hubiera estado muriendo de hambre cuando prometió su herencia por un plato de lentejas, es posible que el contrato no hubiese sido legalmente exigible en los términos de la doctrina de la negociación, porque operaría una excepción, llamada "la defensa de necesidad", que analizaremos en el capítulo siguiente.

[2] En 1932, cuando se emitió el "Restatement of Contracts" original, se adoptó en general la teoría de la negociación en el apartado 75. El apartado 90 del Restatement rechazaba la teoría de la negociación y establecía el cumplimiento de las promesas de regalo en las que una persona razonable se había basado perjudicialmente sin consideración.

[3] El Uniform Commercial Code § 2-205 permite que ciertas ofertas en firme, pero no todas, sean legalmente exigibles durante un periodo que no exceda de tres meses. (Al inicio del capítulo VII se describe el UCC en un recuadro.) Los tribunales estadunidenses generalmente obligan al cumplimiento de las promesas de regalos hasta el punto de una confianza razonable. Cuando el receptor de la promesa es una organización no lucrativa, tal como una universidad, los tribunales estadunidenses a veces hacen cumplir en su totalidad las promesas de donaciones. En nuestro sitio web analizamos la economía de las promesas de donativos. (Véase también la pregunta VI.16).

[4] Un famoso comentarista de la historia de la teoría de los contratos —Grant Gilmore, The Death of Contract,The Ohio State University Press, Columbus, 1974— creía que la teoría clásica, o de la negociación, estaba casi muerta desde que nació.

[5] Los especialistas en la teoría de juegos describen como "estrategia dominante" a una movida que es la mejor frente a cualquier movida posible de la otra parte. En el cuadro VI.1 el segundo jugador tiene una estrategia dominante. El primer jugador no tiene una estrategia dominante, pero tiene una mejor respuesta a la estrategia dominante del segundo jugador.

[6] Sun Tzu, *El arte de la guerra*,sección IX, parte 3. Éste es el tratado más antiguo escrito sobre la guerra, que data del siglo VI a. C.

[7] Véase David Charny, "Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation", Michigan Law Review,vol. 89, 1991, p. 1815.

[8] Cuando quien asume el riesgo de manera más eficiente previó efectivamente el riesgo, o debió haberlo previsto, el tribunal debería presumir que el precio negociado incluía una compensación por asumir el riesgo. Si alguien realmente previó un riesgo es una cuestión de hecho, y si alguien debiera haber previsto el riesgo es una cuestión de buenas prácticas comerciales. Sin embargo, en

ocasiones, ninguna de las partes de un contrato prevé un riesgo, y ninguna de las partes debió haberlo previsto. La asignación de una pérdida imprevista puede cambiar dramáticamente el costo del contrato para una de las partes, por lo que el tribunal también podría necesitar alterar el precio mediante la aplicación de la solución de negociación de Nash (dividiendo el excedente) como se explica en el capítulo IV. La asignación del riesgo y el ajuste de precios presentan tantas demandas a los tribunales que rara vez deben hacer el intento.

[9] Para los bienes nuevos, en la mayoría de los estados de Estados Unidos la ley imputa una "garantía de idoneidad", la cual es una garantía que el tribunal imputa al contrato, aunque el contrato real no contenga explícitamente tal garantía. De acuerdo con la garantía implicada de idoneidad, el vendedor de un bien nuevo promete que el bien es idóneo para sus propósitos. El vendedor de un automóvil nuevo viola esta garantía y debe devolver el precio de la compra si una falla del diseño del automóvil impide su uso en la transportación. Véase UCC §§2-314 y 2-315.

[10] El cuadro VIII.2 supone que no se descuenta el tiempo. En términos estrictos, las ganancias deberían descontarse a valor presente por el tiempo que transcurra hasta la recepción.

[11] Robert Axelrod, The Evolution of Cooperation,Basic Books, Nueva York, 1984.

[12] *Idem*.

[13] Maskin y Fudenberg han demostrado que en cualquier juego donde 1)los jugadores maximicen la suma descontada de las utilidades de cada periodo, 2)la tasa de descuento no sea demasiado elevada, y 3)los jugadores puedan observar la historia pasada de las movidas del juego, puede surgir cualquier par de ganancias que dominen al minimax en el sentido de Pareto como un equilibrio medio de las ganancias del juego repetido. Sin embargo, este teorema no explica por qué es tan elevada la probabilidad de una solución eficiente en el sentido de Pareto como lo sugieren los estudios empíricos. Véase Drew Fudenberg y Eric Maskin, "The Folk Theorem in Repeated Games with Discounting, or With Incomplete Information", Econometrica,vol. 54, 1986, p. 533. Si los individuos están dispuestos a aceptar una estrategia muy aproximada al máximo individual, pero poco menos que eso, el problema del juego final podrá resolverse y los jugadores cooperarán. En general, véase Avinash Sixit y Barry Nalebuff, Thinking Strategically: The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life,W. W. Norton, Nueva York y Londres, 1991, y Drew Fudenberg y Jean Tirole, Game Theory,The MIT Press, Massachusetts, 1991. Los juegos excepcionales que no tienen una solución cooperativa no nos interesan aquí. Véanse Glenn W. Harrison y Jack Hirshleifer, "An Experimental Evaluation of

Weakest Link/Best Shot Models of Public Goods", Journal of Political Economy,vol. 97, 1989, pp. 201-225, y Jack Hirschleifer y Juan Carlos Martínez Coll, "What Strategies Can Support the Evolutionary Emergence of Cooperation?", Journal of Conflict Resolution,vol. 32, 1988, p. 367.

[14] Lisa Bernstein, "Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions", *Michigan Law Review*, vol. 99, 2001, p. 1724.

[1] La distinción que se establece entre los daños de expectativa y los daños de confianza, que es antigua en la jurisprudencia europea, no es tan antigua ni tan clara en la jurisprudencia angloamericana.

[2] Esta fórmula específica para calcular los daños recibe el nombre de "fórmula del precio sustituto". La fórmula del precio sustituto otorga a la víctima del incumplimiento el costo del remplazo de un cumplimiento prometido por un cumplimiento sustituto. Si un bien es homogéneo, el cumplimiento sustituto puede ser idéntico al cumplimiento prometido. En ese caso, la fórmula del precio sustituto otorga el pago perfecto de los daños de expectativa. Pero si el bien es diferenciado antes que homogéneo, la sustitución será imperfecta.

[3] A esto se le llama "fórmula del valor disminuido". Cuando el cumplimiento de un contrato es parcial o imperfecto, la fórmula del valor disminuido otorga a la víctima del incumplimiento la diferencia entre 1)el valor de un bien, después del incumplimiento, que habría de recibirse o mejorarse en los términos del contrato, y 2)el valor que habría tenido el bien si el contrato se hubiese cumplido en sus términos.

[4] Recuérdese nuestro análisis en el capítulo anterior sobre la relación sutil existente entre los daños monetarios y la confianza óptima.

[5] Esta fórmula específica recibe el nombre de "fórmula del costo efectivo". La fórmula del costo efectivo otorga a la víctima del incumplimiento la diferencia entre 1)los costos de la confianza depositada en el contrato antes del incumplimiento, y 2)el valor generado por tales costos que se puede recuperar después del incumplimiento.

[6] En general, si el incumplimiento hace que la parte dañada compre un cumplimiento sustituto, la fórmula del costo de oportunidad es igual a la diferencia existente entre el precio del mejor contrato alternativo disponible en el momento de la contratación y el precio del cumplimiento sustituto que se obtiene después del incumplimiento.

[7] Para demostrar la equivalencia, formularemos un contrato para la venta de un bien en el futuro (un contrato de venta en vías de ejecución) como una opción. En el tiempo 0, el comprador Ase compromete a pagar $$x$ al vendedor *B* para la entrega de un artilugio en el tiempo 1. Si el comprador Aincumple al negarse a pagar $$x$ y no acepta la entrega del artilugio, entonces Ale debe pagar los daños $$e$ al vendedor *B*. $$e$ puede ser el pago de daños establecido en el contrato o el pago de daños por omisión, como los daños de expectativa. En este contrato, *A* tendrá que pagar $$e$ en el tiempo 1 y no recibir el artilugio, o bien Adeberá pagar $$x$ y recibir el artilugio. Esto es materialmente equivalente a la proposición "*A* paga $$e$ a *B*, y luego *A* elige entre no pagar un cargo adicional y no

obtener nada a cambio, o pagar un cargo adicional de $\$x$— $\$e$ y obtener el artilugio". Esta proposición es la siguiente opción de compra: en el tiempo 0, Apromete pagar $\$e$ en el tiempo 1 para la opción de comprar un artilugio a B al precio $\$x$— $\$e$.

[8] En efecto, George Hawkins recibió $3 000 del jurado original; más tarde, luego de que el tribunal de apelación ordenó un nuevo juicio, el demandante aceptó $1 400 más los honorarios del abogado.

[9] Esta proposición asume de manera implícita que la tasa de incumplimiento es baja. Cuando esta tasa es alta, esto se puede prever hasta cierto punto, de modo que el receptor de la promesa puede planear el incumplimiento, así como las aerolíneas y los hoteles planifican la situación de "si no se presenta". El fenómeno del incumplimiento estadísticamente predecible crea un conjunto especial de problemas de daños de expectativa.

[10] Adviértase que las curvas de la gráfica IX.1 ilustran la lógica de la compensación, no el cálculo efectivo de los daños en este caso.

[11] Estas dos medidas de los daños se aproximan a la igualdad a medida que los mercados se aproximan a la competencia perfecta. La razón es que todo contrato tiene un sustituto perfecto en los mercados perfectamente competitivos, de modo que el contrato efectivo es idéntico a contratos alternativos que no se celebraron.

[12] Para ilustrar en concreto, supongamos que A, quien produce petróleo, promete entregar x barriles a Bel mes próximo. En cambio, B promete pagar a A el precio del contrato p_C por barril a la entrega. B es un especulador que compra para revender y no cambia su posición confiando en el contrato. Al final del mes, un incendio en la refinería de A le impide entregar el petróleo, de modo que A debe incumplir o comprar petróleo al precio de presente p_s para entregarlo a B.

Consideremos dos situaciones posibles. Primero, supongamos que el precio del contrato p_C supera al precio de presente p_s. En consecuencia, B espera ganar $(p_C - p_s)x$ con el cumplimiento de A. Si Aincumple, los daños de expectativa son iguales a $(p_C - p_s)x$ y los daños de confianza son iguales a cero. Éste es el ordenamiento habitual de las medidas de los daños. En segundo lugar, supongamos que el precio de presente p_S supera al precio de contrato p_C. En consecuencia, B espera perder $(p_C - p_s)x$ por el cumplimiento de A. Si A incumple, los daños de expectativa son negativos y los daños de confianza son cero. Éste no es el ordenamiento habitual de las medidas de los daños. Sin embargo, en el segundo caso A no incumplirá. En lugar de incumplir, A comprará petróleo al precio p_s y lo entregará a B, cumpliendo así el contrato y obteniendo una ganancia de $(p_C - p_s)x$.

[13] Esta pregunta se refiere a lo que se conoce como el problema del "volumen perdido".

[14] Véase E. Allan Farnsworth, "Your Loss or My Gain?: The Dilemma of the Disgorgement Principle in Contract Damages", Yale Law Review,vol. 94, 1985, p. 1339; Robert Cooter y Bradley J. Freedman, "The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences", New York University Law Review,vol. 66, 1991, p. 1045.

[15] La tradición del derecho común sostiene que los directores tienen una "obligación de lealtad" en virtud de la relación fiduciaria. Además, la tradición del derecho común aplica a sus decisiones la "regla del juicio de los negocios". Esa regla sostiene que los directores son responsables de hacer su mejor esfuerzo para obtener información y deliberar sobre las decisiones que afecten a la compañía, pero excusa de la responsabilidad ante los accionistas por cualesquiera pérdidas a los directores cuyos mejores esfuerzos se traducen en malos juicios.

[16] Esta sección se basa en el material de Ulen, "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", Michigan Law Review,vol. 83, 1984, p. 358.

[17] El tribunal a veces ordena al promitente que haga algo similar a lo que prometió, y a veces prohíbe que el promitente cumpla con cualquier persona distinta del receptor de la promesa.

[18] Véase Charles Goetz y Robert Scott, "Liquidates Damages Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model of Efficient Breach", Columbia Law Review,vol. 77, 1977, p. 554. Véase un sofisticado argumento económico en favor de la concepción tradicional de limitar los daños estipulados a una aproximación razonable de lo que un tribunal habría otorgado por concepto de daños en Eric L. Talley, "Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule", Stanford Law Review,vol. 46, 1995, p. 1195. Talley afirma que la concepción tradicional facilita la negociación coaseana en el caso de que las partes modifiquen el contrato.

* "Do Liquidated Damages Encourage Breach?: A Psychological Experiment", *Michigan Law Review*, vol. 108, 2010, p. 633.

† "A Fine Is a Price", *Journal of Legal Studies* ,vol. 29, 2000, p. 1.

[19] Ésta es una lista parcial de los comportamientos afectados: *1)* la búsqueda de contrapartes comerciales; *2)* la negociación de intercambios; *3)* la redacción de contratos (explicitud); *4)* el cumplimiento o incumplimiento de promesas; *5)* tomar precauciones contra los sucesos que provocan el incumplimiento; *6)* actuar confiando en las promesas; *7)* actuar para mitigar los daños causados por

el incumplimiento de las promesas, y *8)* resolver las disputas causadas por las promesas incumplidas.

[20] Sin la renegociación, el agente se verá obligado a cumplir a costos elevados, lo que le da al agente una ganancia de −1. Una renegociación razonable da al agente la mitad del excedente, o sea, 0.25. Por lo tanto, la ganancia del agente después de la renegociación será igual a − 1 + 0.25 = −0.75.

[21] De manera un poco torpe, la ley podría impedir el cumplimiento específico si la parte inocente se ha convertido en un monopolio y tiene una ventaja de negociación injusta sobre quien incumple.

[22] Recuérdese que el pago perfecto de los daños de expectativa internaliza el costo total del incumplimiento para el promitente. En consecuencia, el promitente escoge la alternativa más barata sobre la base de los costos sociales, como lo requiere la eficiencia.

[23] La determinación de la medida de los daños en el litigio es una forma específica de lo que los economistas llaman el "problema de la revelación de preferencias". El problema general consiste en cerrar la brecha que separa los precios objetivos de los valores subjetivos. Los economistas han tenido un éxito limitado en la solución de este problema.

[24] Véase Ulen, "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", Michigan Law Review,vol. 83, 1984, p. 358.

[25] Robert Cooter y Ariel Porat, "Anti-Insurance", Journal of Legal Studies,vol. 31, 2002, p. 203. Adviértase que, en nuestro ejemplo, el tercero, llamado "antiaseguradora", obtiene una ganancia de $1 000 por el incumplimiento y no pierde nada por el cumplimiento; por lo que el contrato es muy rentable para la antiaseguradora. La competencia entre las antiaseguradoras haría que le tuvieran que pagar a las dos primeras partes por el derecho de llevar a cabo este servicio rentable.

[26] Hadley sostuvo que si le dijo al transportista que la reparación era urgente porque éste era su único eje.

[27] El fallo emitido en Hadley *vs*. Baxendale puede encontrarse en Restatement (Second) of Contracts §351(1), 1979.

[28] El término "regla de castigo de omisión" se tomó de Ian Ayres y Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", Yale Law Journal,vol. 87, 1989, p. 87.

[29] Si el vendedor considera que el precio del bien *b* se eleva, el vendedor que incumple prefiere que el comprador adquiera un sustituto más pronto en lugar

de más tarde. Si el vendedor considera que el precio del bien *b* caerá, el vendedor que incumple prefiere que el comprador adquiera un sustituto más tarde en lugar de más pronto. En cualquier caso, si el vendedor teme que el comprador no actúe como él lo prefiere, éste simplemente puede adquirir el sustituto él mismo y no incumplir el contrato. Hay poco en juego con un mercado de cumplimiento sustituto y costos de transacción bajos.

[30] He aquí algunas complejidades que hacen que el derecho no sea claro: después del cumplimiento parcial, el promitente puede rechazar el contrato, en cuyo caso el receptor de la promesa no recibirá compensación alguna por la confianza posterior. En algunas circunstancias, el promitente puede "rechazar el rechazo" y restablecer el contrato hasta que el receptor de la promesa responda al rechazo cambiando su posición (por ejemplo, obteniendo un cumplimiento alternativo de parte de un tercero). Además, el receptor de la promesa puede "oponerse al rechazo por un tiempo comercialmente razonable". Véase George Triantis y Jody Kraus, "Anticipatory Repudiation Reconsidered", Virginia Journal,vol. 6, 2003, p. 54, para un análisis económico del rechazo anticipado.

* Adam Badawi, "Relational Governance and Contract Damages: Evidence from Franchising", Journal of Empirical Legal Studies,vol. 7, 2010, p. 743. El estudio de Badawi se construye sobre la base de una investigación empírica relativa a las prácticas informales de contratación como las de Stewart Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study", American Society Review,vol. 28, 1963, p. 55; David Charny, "Non-Legal Sanctions in Commercial Relationships", Harvard Law Review,vol. 104, 1990, p. 373, y Benjamin Klein, "The Economics of Franchise Contracts", Journal of Corporate Finance,vol. 2, 1995, p. 9.

[31] Ya hicimos esta observación en el capítulo iv, cuando analizamos un mundo sin ley donde los individuos dividen su tiempo entre el cultivo, la protección y el robo de maíz. La seguridad estatal desvía idealmente el esfuerzo, de la protección y el robo de maíz, hacia su producción.

[32] En el primer caso, la amenaza de la tripulación de incumplir el contrato no es creíble, y en el segundo caso la amenaza de la tripulación si lo es. Véase en Oren Bar-Gill y Omri Ben-Shahar, "The Law of Duress and the Economics of Credible Threats", Journal of Legal Studies,vol. 33, 2004, p. 391, un argumento de que la credibilidad de la amenaza debería determinar la exigibilidad de la promesa en la renegociación de un contrato.

[33] La libre entrada en el mercado de rescates, como el acceso abierto a la pesca, tiene un problema de incentivo debido al congestionamiento, pero éste es un detalle técnico.

[34] L.N. Jackson & Co. *vs*. Royal Norwegian Govt., 177 F.2d 694 (2d Cir. 1949),

cert. den. 339 U.S. 914 (1950).

[35] Adviértase que esta excepción, como en el ejemplo presentado, por lo general envuelve la promesa de proveer servicios personales. El derecho, tanto común como estatutario, se ha resistido con frecuencia a imponer el cumplimiento forzoso de contratos de servicios personales bajo cualquier circunstancia.

[36] Restatement (Second) of Contracts §263 (1979).

[37] En ocasiones, la defensa de la "imposibilidad" o "imposibilidad comercial" se refiere al costo absoluto del cumplimiento, y en ocasiones la defensa se refiere al costo del cumplimiento en relación con los activos del promitente (por ejemplo, el cumplimiento lleva a la quiebra al promitente).

[38] Véase, en el capítulo XI, Restatement (Second) of Contracts (1979).

[39] Los incentivos son eficientes cuando dos partes deben tomar precauciones en contra del riesgo. Ambas internalizan el 100% de la reducción del riesgo causado por su propia precaución marginal. Llamamos a este hecho "paradoja de la compensación": el promitente debe pagar los daños por el incumplimiento y el receptor de la promesa no recibe compensación alguna. En el caso de la "precaución bilateral", los incentivos eficientes requieren que se asigne el riesgo total entre todos los evasores en el margen, mas no la asignación del riesgo total para el evasor que lo pueda asumir al costo menor.

[40] Véase Paul Joskow, "Commercial Impossibility, the Uranium Market, and the 'Westinghouse' Case", Journal of Legal Studies,vol. 6, 1976, p. 119. Todos los juicios se arreglaron extrajudicialmente.

[41] Véase, por ejemplo, Krell *vs*. Henry, 2 K. B. 740 (1903).

[42] Aquí estamos llamando la atención sobre el problema probatorio de determinar lo que creían realmente las partes al momento de la formación del contrato. Es posible que haya una prueba contemporánea creíble acerca de estas creencias. Sin embargo, en ausencia de esa prueba las partes tienen incentivos adversos para revelar sus creencias. La parte para la que los términos parecen favorables tiene un incentivo para sostener que no estaba equivocada acerca de los términos del contrato, y que si había algún error correspondería a la otra parte; la parte para quien los términos son desfavorables tiene un incentivo para afirmar que hubo un malentendido mutuo.

[43] Un veredicto en favor del comprador fue apelado ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, la que ordenó un nuevo juicio, pero no está del todo claro lo que ocurrió entonces. Véase Anthony T. Kronman, "Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts", Journal of Legal Studies,vol. 7, 1978, p. 1.

[44] En su artículo, citado en la nota anterior, el profesor Kronman afirma que el contrato celebrado entre Organ y Laidlaw debió haber sido invalidado porque los hechos conocidos por Organ se adquirieron fortuitamente y no mediante una inversión deliberada.

[45] En este caso, el comprador no pidió que se invalidara el contrato sino que se le pagaran los daños por los costos que tendría que sufragar para corregir la infestación de termitas.

[46] La tradición del derecho común sostiene que los vendedores no están obligados a revelar la información. La regla antigua era caveat emptor:"¡Que se cuide el comprador!" Sin embargo, los vendedores están obligados a no mentir. Véase el análisis del fraude en la sección siguiente. Adviértase que las regulaciones en muchas partes de los Estados Unidos ahora exigen que el vendedor de inmuebles entregue al comprador un certificado expedido por un exterminador con licencia en el que se haga constar que la casa está libre de termitas.

[47] Véase Robert Scott y George Triantis, "Anticipating Litigation in Contract Design", Yale Law Journal,vol. 115, 2006, p. 814, para un análisis de los objetivos de los contratos indefinidos. Véase asimismo Lewis Kornhauser y W. Bentley MacLeod, "Contingency and Control: A Theory of Contracts", Seminario de Derecho y Economía de la Universidad de Berkeley, 2 de febrero de 2005.

[48] Friedrich Kessler, "Contracts of Adhesion: Some Thoughts About Freedom of Contract", Columbia Law Review,vol. 43, 1943, p. 629.

[49] En la jerga económica, un monopolista perfectamente discriminador fija términos eficientes distintos del precio en su contrato. De otro modo, un monopolista podría usar términos ineficientes distintos del precio para aumentar la discriminación de precios. Para ilustrar esto último, supongamos que los compradores que están dispuestos a pagar mucho por un producto prefieren también una garantía fuerte, mientras que los compradores que están dispuestos a pagar poco prefieren una garantía débil. Reconociendo este hecho, el monopolista podría ofrecer dos contratos: un contrato de precio alto y garantía fuerte, y un contrato de precio bajo y garantía débil. La diferencia de la garantía ayuda a separar a los dos grupos de consumidores de tal modo que el monopolista pueda cobrarles precios diferentes. Sin los dos términos distintos del precio, el monopolista no puede separar a los dos grupos.

[†] Florencia Marotta-Wurgler, "What's in a Standard Form Contract?: An Empirical Analysis of Software License Agreements", Journal of Empirical Legal Studies,vol. 4, 2007, p. 677; Marotta-Wurgler, "Competition and the Quality of Standard Form Contracts: The Case of Software License Agreements", Journal of Empirical Legal Studies,vol. 5, 2008, p. 447; Yannis Bakos, Florencia Marotta-

Wurgler y David R. Trossen, "Does Anyone Read the Fine Print?: Testing a Law and Economics Approach to Standard Form Contracts" (2009), disponible en @www.ssrn.com, y Marotta-Wurgler, "Does Disclosure Matter?" (2010), disponible en www.ssrn.com.

‡ Ésta fue la discusión en Alan Schwartz y Louis Wilde, "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis", University of Pennsylvania Law Review,vol. 127, 1979, p. 630.

* David Slawson, "Standard Form Contracts and Democratic Control of Law Making Power", Harvard Law Review,vol. 84, 1971, p. 529.

50 Tanto el Uniform Commercial Code como el Restatement (Second) of Contracts han tratado de definir la falta de consciencia, pero ninguno es preciso. He aquí lo que dicen:

Uniform Commercial Code, §2-302 comentario 1 (1977): "La prueba básica [de la inconsciencia] es si [...] las cláusulas [del contrato] son tan exageradas que resultan inconscientes en las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato [...] El principio es uno de prevención de la opresión y la sorpresa injusta [...]"

Restatement (Second) of Contracts, §208 (1979): "c. El desequilibrio global. La inadecuación de la consideración no invalida por si sola una negociación, pero la exagerada disparidad de los valores intercambiados puede ser un factor importante para determinar que un contrato es inconsciente [...] Tal disparidad puede corroborar también las indicaciones de defectos en el proceso de negociación [...] la exagerada desigualdad del poder de negociación, aunada a términos demasiado favorables para la parte más fuerte, puede confirmar los indicios de que la transacción ha incluido elementos de engaño o compulsión, o puede demostrar que la parte más débil no tuvo una verdadera posibilidad de elegir, ni una alternativa real, de modo que en efecto no asintió o pareció aceptar los términos injustos".

51 La mayoría de las jurisdicciones tienen estatutos que limitan al vendedor a recuperar lo que se le debe y el costo de su cobro. Véase Alan Schwartz, "The Enforceability of Security Interests in Consumer Goods", Journal of Law and Economics,vol. 26, 1983, p. 117.

52 Recuérdese que *B* no puede obtener un beneficio con esta recuperación. Del dinero de la reventa de los bienes recuperados, *B* sólo puede retener el monto del préstamo al que tiene derecho. Todo lo que se obtenga en exceso de la reventa de ese monto deberá entregarse a *A*.

Hay algo más acerca de la cláusula de adición. Por lo general, también se establece que el prestamista podrá actuar con discreción al aplicar cada abono

hecho respecto de cualquier bien comprado al vendedor-prestamista a cualquier saldo que escoja el propio prestamista. Esto permite que el acreedor mantenga viva la garantía del refrigerador después de los cinco años del contrato de préstamo original. Mediante una contabilidad hábil, el acreedor podrá conservar su garantía en todos los bienes comprados previamente, hasta que se paguen todos los préstamos.

[53] Véase Richard Epstein, "Unconscionability: A Critical Reappraisal", Journal of Law and Economics,vol. 18, 1975, p. 293.

[54] Tres hechos explican la forma de la curva del pago imperfecto de daños tal como aparece en la gráfica IX.8. *1)* El pago perfecto de los daños supera el pago imperfecto de los daños en niveles de confianza deficientes: $D_e^* > D(y)$ para $y < y^*$; *2)* el pago perfecto de los daños es igual al pago imperfecto de los daños al nivel de confianza eficiente: $D_e^* = D(y)$ para $y < y^*$; *3)* el pago imperfecto de los daños supera el pago perfecto de los daños en niveles de confianza excesivos: $D(y) > fD_e^*$ para $y < y^*$.

[55] Para demonstrar que la confianza de Ivonne aumenta cuando D aumenta de cero a un número positivo, adviértase que $D' > 0$ implica que el miembro derecho de la ecuación IX.11 supera a la condición de eficiencia dada por la ecuación IX.3 (y repetida en IX.13) para un valor dado de y.

[1] La negligencia comparativa requeriría que el dueño de la alberca pagara daños en proporción al daño causado por la negligencia.

[2] Agradecemos a Raoul Meier, de Suiza, que nos haya señalado un error en nuestra presentación de esta regla en ediciones anteriores.

[3] En la teoría de juegos a esto se le llama "inducción recíproca", proceso de "mirar hacia adelante y razonar hacia atrás" o resolver un juego "recursivamente".

[4] De acuerdo con la regla estadunidense, el demandante paga sus propios costos de litigación de $20 con certeza, mientras que según la regla europea el demandante no paga costos de litigación con una probabilidad de 0.5 y el demandante paga los costos de litigación de ambas partes ($20 + $20) con una probabilidad de 0.5. Por lo tanto, el demandante enfrenta costos de litigación seguros de $20 con la regla estadunidense y costos de litigación esperados de $20 con la regla europea. Recordemos que estamos calculando valores esperados, no utilidades esperadas. (Si no está seguro de la diferencia, vea la sección relevante del capítulo II.)

[5] Existen por lo menos cuatro diferencias importantes. Primero, la revelación no ocurre ante el juez o el jurado, mientras que la presentación de pruebas ocurre ante el juez, quien asume un papel activo. Segundo, en la revelación una de las partes puede obligar a la otra a revelar información, mientras que la revelación obligatoria está limitada o resulta imposible en la presentación de pruebas. Tercero, la revelación permite el examen cruzado de los expertos y no de otros testigos, mientras que en la presentación de pruebas los testigos son designados pero no examinados. Por último, en la rendición de las pruebas el juez decide si los hechos alegados ameritan que se proceda a la etapa siguiente del juicio, mientras que en el sistema estadunidense es el juez quien decide por lo general esta cuestión después de la presentación de la demanda y aun antes de la revelación, cuando el demandante promueve un juicio sumario.

[6] Tenga en cuenta que es probable que las dos partes no se pongan de acuerdo sobre los montos que están en juego o sobre las probabilidades de éxito en cada etapa. Vamos a suponer, por el momento, que los montos y probabilidades son similares. Después relajaremos ese supuesto.

[7] Decimos "por lo general" porque recuérdese que estamos hablando de valores esperados, no de utilidades esperadas. Es posible que un demandante que siente aversión por el riesgo acepte una oferta de arreglo que sea menor que el valor esperado de la reclamación legal. Pueden hacerse reservas similares acerca del comportamiento del demandado.

[8] En una negociación, una parte razonable demandará la recepción de su

punto de amenaza *T* más una parte igual del excedente derivado de la cooperación. En la negociación para evitar un juicio, la posición de la amenaza del demandante *Tp* es lo que éste espera ganar (el "valor esperado de la demanda legal" como se muestra en la figura X.2) si no logra un arreglo extrajudicial. Del mismo modo, la posición de la amenaza del demandado *Td* es lo que éste espera perder si no logra un arreglo extrajudicial. El valor cooperativo del juego *C* es igual a la suma del valor de un arreglo para el demandante y el demandado. La cantidad razonable exigida por el demandante para resolver el caso es $Tp + \frac{1}{2}(C - Tp - Td)$. La cantidad razonable ofrecida por el demandado para resolver el caso es $Td + \frac{1}{2}(C - Tp - Td)$. Si *Tp* es mucho mayor que *Td,* el demandado rechazará la petición del demandante razonable. De manera equivalente, el demandante rechazará la oferta del demandado razonable.

[9] El conocimiento de que el descubrimiento puede forzar la revelación de toda la información pertinentemente significativa puede aumentar la confianza entre las dos partes, lo que facilita el arreglo extrajudicial. Se necesita la investigación empírica para decidir si, en general, el descubrimiento aumenta o disminuye los arreglos en relación con la revelación voluntaria.

* Véase Daniel Kahneman y Amos Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", *Econometrica,* vol. 47, 1979, p. 263. El profesor Kahneman ganó el Premio Nobel de Economía en octubre de 2002.

† "Gains, Losses, and the Psychology of Litigation", *California Law Review,* vol. 70, 1996, p. 113.

[10] El descubrimiento es un proceso más barato que la litigación; por lo tanto, el descubrimiento de hechos antes del juicio es también más barato que el descubrimiento de los mismos hechos durante el juicio. Sin embargo, es más seguro que ocurra el descubrimiento que el juicio. En consecuencia, posponer la revelación obligatoria hasta el juicio implica la posibilidad de que un arreglo evite por completo ese costo.

[11] Véase a Galanter, "Reading the Landscape of Disputes; What We Know and Don't Know (And Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society", *UCLA Law Review,* vol. 31, 1983, pp. 40, 44. Sin embargo, un examen más detallado de los datos revela una situación complicada. Erhard Blankenberg descubrió que la razón de arreglos a juicios en Alemania era de 10 a 1 para los accidentes de tráfico, pero sólo de 2.7 a 1 para los cobros de deudas, 2.4 a 1 para las disputas sobre contratos de servicios, y 1.7 a 1 para las disputas acerca de contratos de arrendamiento. Véase "Legal Insurance, Litigant Decisions, and the Rising Caseloads of Courts: A West German Study", *Law and Society Review,* vol. 16, 1981-1982, p. 619.

[12] El valor de amenaza subjetivo del demandado es igual a −$70; la mitad del

excedente, igual a $4; por tanto, la ganancia del demandado en el arreglo debería ser igual a $66. Para obtener esta ganancia, el demandado paga $65 al demandante, quien paga los costos del arreglo por $1.

[13] Un arreglo razonable otorga al demandante una indemnización igual a su valor de amenaza más una parte equitativa del excedente: $75 – $3.50 = $71.50. Por lo tanto, el demandado debe llegar a un arreglo por $72.50, del cual el demandante pagará $1 por costos del arreglo y recibirá un pago neto de $71.50. Sin embargo, el demandado espera perder $70 en el juicio. El demandado nunca aceptará un acuerdo que le perjudique más que un juicio.

[14] Véase en J. Mark Ramseyer y Eric B. Rasmusen, *Measuring Judicial Independence: The Political Economy of Judging in Japan,* The University of Chicago Press, Chicago, 2003, una comparación fascinante entre el estatus y las prácticas de los jueces en los Estados Unidos y en Europa.

[15] Chiste: litigar es como luchar con un cerdo: ambos se ensucian y el cerdo lo disfruta.

[16] Diferentes estados tienen reglas distintas para la selección de los jueces de tribunales superiores. Por ejemplo, en California el gobernador designa a los jueces de la Suprema Corte de California, pero una vez designado, un juez debe ser confirmado por una mayoría de los californianos que voten en una elección general. En Illinois, los jueces de los tribunales de apelación intermedios y de la Suprema Corte son elegidos en distritos determinados por la legislatura estatal. En casi la mitad de los estados, los jueces de todos los niveles son elegidos para el cargo, y en la otra mitad son designados por el gobernador del estado, a menudo con el consejo y consentimiento de la cámara alta de la legislatura estatal y más tarde son sujetos a elecciones de retención.

[17] Véase en Ramseyer y Rasmusen, *supra* n. 14, una comparación fascinante entre el estatus y las prácticas de los jueces en los Estados Unidos y en Japón.

[18] El sistema de honorarios incentivaba a los jueces para atraer los casos a sus tribunales fallando a favor de los demandantes. La sustitución de los honorarios con un sueldo de parte del Estado dio lugar a un menor número de fallos a favor del demandante y más fallos a favor del demandado. Daniel Klerman, "Jurisdictional Competition and the Evolution of the Common Law", *University of Chicago Law Review,* vol. 74, 2007, p. 1179.

[19] Por ejemplo, el colegio de abogados británico está dividido en solicitantes y colegiados; en Gran Bretaña no se permiten los honorarios de contingencia, y los juicios civiles no tienen jurados (excepto en los casos de libelo).

[20] Para obtener una opinión diferente a la nuestra sobre el efecto de estas reglas cambiantes de honorarios, véase John J. Donohue III, "Opting for the

British Rule, or If Posner and Shavell Can't Remember the Coase Theorem, Who Will?", *Harvard Law Review,* vol. 104, 1991, p. 1093. El profesor Donohue sostiene que la regla de compensación de honorarios del abogado es una regla de omisión fuera de la cual pueden negociar las partes como parte de un arreglo. Por lo que, según él, en realidad no afecta a la eficiencia si la regla de omisión es la regla estadunidense o la regla inglesa. Las partes negociarán dada cualquier asignación de honorarios que sea satisfactoria para ambas partes.

[21] Cada estado tiene sus propias reglas. En los tribunales federales de los Estados Unidos, la Regla 68 prescribe una forma de "ofrecimientos de compromiso", aunque tal forma es "asimétrica", por oposición a la forma "simétrica" que describimos arriba. En general, las formas estadunidenses de "el perdedor paga" no trasladan todos los costos de la litigación.

[22] Adviértase que, en las disputas que conceden la responsabilidad y disputan los daños, la regla de "el perdedor paga todo" estimula los juicios provocados por el falso optimismo.

[23] Una "letra de cambio" es esencialmente una promesa formal de pago legalmente exigible. Originalmente, estas letras eran entregadas por un deudor a su acreedor, quien, a su vez, podría pasarla a sus acreedores en pago de obligaciones. En algunas comunidades, estas letras se convirtieron en una moneda de facto.

[24] Se disputa la medida en que el derecho mercantil medieval haya sido sustantivo, antes que procesal, y resulta difícil la reconstrucción de su relación con el derecho común y el derecho del almirantazgo. Está bien documentado el proceso de asimilación de las letras de cambio y los instrumentos negociables al derecho común, que ocurriera en el siglo XVIII. James W. Holden desarrolla la teoría tradicional en *History of Negotiable Instruments in English Law,* 1993. John Baker critica a Holden en "The Law Merchant and the Common Law Before 1700", *Cambridge Law Journal,* vol. 38, 1979, p. 295.

[1] La mayoría de los abogados de los demandantes utilizan una escala proporcional para los honorarios de contingencia. Una práctica común es que el abogado tome un tercio de lo que se entrega al demandante si el caso se arregla sin necesidad de juicio, 40% si el demandante gana el juicio y 50% si se confirma un fallo en favor del beneficiario en la apelación. La tarifa de los honorarios puede variar de un lugar a otro y con el tiempo.

[2] Fuera de los Estados Unidos, la mayoría de los sistemas legales no permiten que los abogados tomen casos con una base de honorarios de contingencia.

[3] La razón que suele ofrecerse en público para regular a los abogados es el aseguramiento de su alta calidad, no el engordamiento de las bolsas de los abogados. Véase en la nota web referenciada al final de esta sección un resumen de cierta literatura interesante sobre las razones y los efectos de la regulación de la profesión legal en diversos países.

[4] De hecho, hasta hace relativamente poco, cuando Japón y Corea del Sur reformaron parcialmente sus sistemas de educación jurídica, Estados Unidos era el único país en el mundo en el que la educación jurídica era la educación a nivel posgrado.

[5] Otras alternativas que no discutimos son la contratación de un abogado de tiempo completo ("abogado interno") o la adquisición de un seguro de responsabilidad.

[6] Chiste: Un empresario recibe una cuenta de su abogado que dice: "Cruzar la calle para ver al cliente. Pensé que era usted. $50".

Chiste: Un sociólogo que estudiaba la longevidad descubrió que el abogado promedio vive el doble que el médico promedio y tres veces más que el profesor promedio. Se calculó la esperanza de vida de los abogados utilizando las horas que cobraron.

[7] La prohibición del derecho común se llama *"champerty"*. En un recuadro del capítulo VII analizamos un mercado de reclamaciones inmaduras de ilícitos culposos.

[8] Inglaterra está en el proceso de abolir esta distinción.

[9] Uno de los autores estuvo en la República Popular China a fines de la década de 1980, cuando el gobierno autorizó las primeras firmas legales privadas de Shangái en 40 años. Tales firmas se llamaron "Firma Legal Popular Número 1 de Shangái", "Firma Legal Popular Número 2 de Shangái", etcétera. En la actualidad, las firmas legales en la RPC mantienen a menudo los nombres de sus fundadores.

[10] El excedente cooperativo (que aquí es la cantidad total que se ahorrarían las partes por no ir a un juicio) es de $2 000. En un arreglo, el demandante debería recibir su valor de amenaza más la mitad del excedente cooperativo, o sea —$1 000 + 0.5($2 000) = $0.

[11] El valor de amenaza del demandante es igual a —$1 000. El excedente cooperativo por no ir al juicio es ahora igual a $6 000 (el ahorro de $1 000 del demandante más el ahorro de $5 000 del demandado). El pago del demandado al demandante debería ser igual al valor de amenaza del demandante más la mitad del excedente cooperativo, o sea —$1 000 + 0.5($6 000) = $2 000.

[12] Estos cinco demandantes rechazan su ofrecimiento de $10 000 y aceptan un ofrecimiento de $10 100 para llegar a un arreglo extrajudicial. La condena del juicio debe ser mayor de $11 000 porque de otro modo los demandados habrían aceptado el ofrecimiento de $10 000. La condena debe ser menor de $11 100 porque de otro modo estos demandados habrían rechazado el ofrecimiento de $10 100.

[13] Siguiendo con este ejemplo, vemos el valor de la confrontación del blofeo al azar. Supongamos como antes que el demandado ofrece $10 000 a un porcentaje ($p$) de demandantes por un arreglo, y que el demandado se niega a arreglar con ($1 - p$) de los demandantes. Supongamos también que los demandantes potenciales deben gastar $3 000 para redactar y presentar una reclamación. Por definición, un juicio de molestias se plantea sólo para extraer un arreglo, de modo que suponemos que el valor esperado de la litigación para el demandante en un juicio de molestias es igual a $0. Por lo tanto, una persona que plantea un juicio de molestias gasta $3 000 a fin de presentar una reclamación con valor esperado de $10 000p + $0(1 — p). Un demandante racional que maximice el valor esperado presentará un juicio de molestias cuando se satisfag la condición siguiente:

Por lo tanto, el demandado de nuestro ejemplo matemático elimina todos los juicios de molestias al azar y ofrece un arreglo a no más de 30% de los demandantes.

[14] Véase William M. Landes, "Sequential versus Unitary Trials: An Economic Analysis", *Journal of Legal Studies,* vol. 22, 1993, p. 99.

[15] En términos técnicos, el "equilibrio bifurcado separa" (los demandantes dañados y los no dañados reciben pagos diferentes), mientras que el "equilibrio unitario concentra" (los demandantes dañados y no dañados reciben el mismo pago). Adviértase que, en este ejemplo, el demandado ahorra dinero en los juicios segmentados, por comparación con los juicios unitarios, si el costo de la litigación de la responsabilidad con demandantes dañados es menor que el costo del arreglo con los demandantes no dañados.

[16] Lewis A. Kornhauser y Richard L. Revesz, "Sharing Damages Among Multiple Tortfeasors", *Yale Law Journal,* vol. 98, 1989, p. 831.

[17] Para completar la prueba, consideremos las pérdidas esperadas de *A*. *A* espera perder en el juicio con una probabilidad de 0.5 y pagar 100. Si *A* pierde un juicio contra *C*, entonces *A* espera demandar a *B* por una contribución igual y ganar con probabilidad de 0.5. Por lo tanto, *A* espera que la litigación cueste:

Por lo tanto, *A* no llegará a un arreglo por más de 37.5, y *B* está en la misma situación que *A*. Sin embargo, *C* no llegará a un arreglo por menos de 75. El arreglo es imposible a menos que *A* y *B* cooperen y ofrezcan en conjunto llegar a un arreglo con *C* por 75. De modo que el juicio es posible.

[18] En los sistemas de derecho civil, en ocasiones los abogados dicen que hay una norma de la prueba en los casos de derecho penal y civil: las pruebas suficientes para generar un convencimiento claro en la mente del juez. Sin embargo, un "convencimiento claro" es un estado psicológico que no describe la norma de la prueba que genera tal convencimiento. Cuando se forma a los jueces, ¿usted les enseñaría que un convencimiento es "claro" cuando está sustentado por la preponderancia de la prueba o cuando está más allá de una duda razonable?

[19] Chiste: Un estadístico es la única persona que puede hacer comentarios de forma segura sobre la distribución posterior de otra persona.

[20] El proceso de la toma de decisiones que se describe aquí es un ejemplo de "inferencia bayesiana". Véase más información sobre estas líneas en Dale Nance, "Evidential Competition and the Burden of Proof', *Hastings Law Journal,* vol. 49, 1998, p. 621.

[21] A partir del argumento del demandante, pareciera que la supuesta negligencia fue el resultado de un error de juicio de parte de un médico normalmente acertado, lo cual es consistente con nuestra hipótesis de las probabilidades independientes. El demandante sí presentó un argumento que vinculaba la negligencia en los dos actos. Por ejemplo, el demandante no argumentó que el anestesiólogo sufría de un caso temporal de descuido (por ejemplo, una resaca), o un caso permanente de mal juicio (por ejemplo, una mala formación).

[22] Puede encontrar una discusión más detallada de este caso real, incluida su dimensión psicológica, en Robert Cooter, "Adapt or Optimize: Psychology and Economics of Evidence Law", en Gerd Gigerenzer y Christoph Engel (comps.), *Heuristics and the Law,* The MIT Press, Cambridge, 2006.

[23] La investigación preliminar de Louis Kaplow explora esta conexión. He aquí un ejemplo de la clase de argumento ingenioso que él ha hecho: el aumento de la

carga de la prueba o de la norma probatoria provoca que más malhechores escapen de los castigos que merecen. También provoca que más bienhechores escapen de los castigos que no merecen. La carga óptima de la prueba compensa el costo social de una menor disuasión del delito y el beneficio social de una menor disuasión del proceder correcto. Sin embargo, en lugar de limitarse a la reducción de la carga de la prueba, supongamos que las autoridades también aumentan el castigo del delito. Las autoridades podrían aumentar el castigo sólo lo suficiente para mantener constante el nivel del delito. Sin embargo, el monto del proceder correcto podría permanecer más elevado, produciendo así una ganancia social neta. Si los altos castigos son baratos, los beneficios sociales netos se maximizan mediante una carga y una norma probatoria elevadas, y una sanción severa.

[24] Hay algunos términos de arte en esta sección que sustentan los comentarios. Una "reclamación legal" es la presentación ante un tribunal solicitando la adjudicación de un reclamo o la resolución de una acusación de conducta criminal. El sistema legal "dispone" de las reclamaciones que se le presentan en una variedad de maneras distintas. Algunas reclamaciones se descartan; algunas se resuelven mediante la negociación de un arreglo entre las partes; algunas se resuelven mediante mociones previas al juicio y al juicio sumario; algunas se desestiman; algunas están pendientes (es decir, a la espera de resolución); algunas están en proceso de ser transferidas a otros tribunales y algunas van a juicio para su litigación en un juicio. En un mundo ideal, 100 reclamaciones legales resultan en 100 disposiciones. Como veremos dentro de poco, de esas 100 reclamaciones entre 3 y 5 de ellas terminarán en juicio. La gran mayoría de las reclamaciones legales se descartan por medios distintos al juicio.

[25] En 2002 hubo un total de 20 millones de reclamaciones civiles presentadas en los tribunales federales y estatales, de los cuales aproximadamente 250 000 se presentaron en los tribunales federales de distrito. De este modo, la cantidad de reclamaciones civiles que se presentan tanto en los tribunales estatales como en los federales es cercana a 80, aproximadamente. Es decir, alrededor de 98% del total de las reclamaciones civiles se presentan en los tribunales estatales. Un porcentaje ligeramente más alto del total de las reclamaciones penales se presentó en los tribunales estatales.

[26] Un "fallo por incomparecencia" se produce cuando una de las partes no comparece o no impugna la reclamación, por lo que la otra parte gana "por omisión". El 5% restante de las desestimaciones (aproximadamente), o no se registran o su resolución está pendiente. Tomamos las cifras de Chris Guthrie, "Procedural Justice Research and the Paucity of Trials", *Journal on Dispute Resolution,* 2002, p. 127. Guthrie señala que aproximadamente 35% de las reclamaciones legales se resuelven a través de mociones previas al juicio o de

fallo sumario.

[27] En 2005 Alemania contaba con 130 000 abogados, aproximadamente, en una población total de 82.5 millones; en 2004 el Reino Unido contaba con 121 000 abogados en una población total de 60.2 millones, y en 2005 Japón contaba con 22 000 abogados en una población total de 128 millones. Recientemente Japón ha emprendido una reforma de su sistema de educación legal para aumentar el número de abogados.

[28] Ronald Gilson, "Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing", *Yale Law Journal,* vol. 94, 1984, pp. 239, 301-302.

[29] Algunas pruebas empíricas sugieren una relación causal positiva entre el número de abogados por habitante y la tasa de crecimiento de un país, que es coherente con la propuesta de que los abogados son ingenieros del costo de transacción, principalmente. Véase Frank B. Cross, "The First Thing We Do, Let's Kill all the Economists: An Empirical Evaluation of the Effects of Lawyers on the United States Economy and Political System", *Texas Law Review,* vol. 70, 1992, pp. 645, 689.

[30] Charles Silver, "Does Civil Justice Cost Too Much?", *Texas Law Review,* vol. 80, 2002, p. 2073.

[31] En los condados más rurales de Illinois, los honorarios de presentación son menores. Por ejemplo, en el condado de Monroe, relativamente poco poblado, que se encuentra en la parte suroeste de Illinois, el costo de presentación de una demanda civil es de $173.

[32] Silver, *supra núm*. 30, en 2095.

[33] Véase Samuel Gross y Kent Syverud, "Getting to No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial", *Michigan Law Review,* vol. 90, 1991, p. 319.

[34] George L. Priest y Benjamin Klein, "The Selection of Disputes for Litigation", *Journal of Legal Studies,* vol. 13, 1984, p. 1. Priest y Klein también argumentaron que no hay un conjunto simple de características que distinga los casos litigados de los casos en los que se llegó a un arreglo.

[35] En los sistemas de derecho civil de Europa, el perdedor paga los costos legales del ganador; en este caso, el demandado tendrá que pagar los costos legales del demandante si el fallo del tribunal supera el ofrecimiento de arreglo del demandado.

[36] La consideración de las diferencias en los costos de litigación para ambas partes debilita aún más la regla del 50%. Steven Shavell, "Any Frequency of

Plaintiff Victory at Trial Is Possible", *Journal of Legal Studies,* vol. 25, 1996, p. 493.

[37] Jeffrey Perloff y Daniel Rubinfeld, "Settlement in Private Antitrust Litigation", en Steven Salop y Lawrence White (comps.), *Private Antitrust Litigation,* The MIT Press, Cambridge, 1987. Véase también Perloff, Rubinfeld y Paul Ruud, "Antitrust Settlement and Trial Outcomes", *Review of Economics and Statistics,* vol. 78, 1996, p. 401.

[38] Donald Wittman, "Is the Selection of Cases for Trial Biased?", *Journal of Legal Studies,* vol. 14, 1985, p. 185. George Priest respondió examinando un conjunto casos de choques automovilísticos traseros en el Condado de Cook, Illinois, y encontró que ese conjunto de datos respaldaba la regla del 50%.

[39] Véase Theodore Eisenberg, "Testing the Selection Effect: A New Theoretical Framework with Empirical Tests", *Journal of Legal Studies,* vol. 9, 1990, pp. 337, 349. "La hipótesis del 50% puede ser rechazada, mientras que se mantenga el efecto de la selección básica". En un estudio posterior, realizado en conjunto con Kevin Clermont, Eisenberg encontró un resultado un tanto desconcertante: cuando el demandante ganaba los honorarios eran sustancialmente más altos que cuando la disputa era juzgada ante un juez, en vez de ante un jurado, lo cual es desconcertante porque eligieron presentar su reclamación ante un jurado en 90% del total de los casos. Kevin Clermont y Theodore Eisenberg, "Trial by Jury or Judge: Transcending Empiricism", *Cornell Law Review,* vol. 77, 1992, p. 1124.

[40] Joel Waldfogel, "The Selection Hypothesis and the Relationship between Trial and Plaintiff Victory", *Journal of Political Economy,* vol. 103, 1995, p. 229.

[41] Daniel Kessler, Thomas Meites y Geoffrey Miller, "Explaining Deviations from the Fifty-Percent Rule: A Multimodal Approach to the Selection of Cases for Litigation", *Journal of Legal Studies,* vol. 25, 1996, p. 233.

[42] Marc Galanter, "The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts", *Journal of Empirical Legal Studies,* vol. 1, 2004, p. 459. Ese número del *Journal* también incluía respuestas al artículo de Galanter de parte de un grupo distinguido de investigadores del derecho.

[43] Galanter afirma que las tendencias en los tribunales estatales, donde, recordemos, se llevan a cabo casi 98% del total de las litigaciones, reflejan las litigaciones en los tribunales federales.

[44] No es evidente que estas mismas tendencias con respecto a los juicios con y sin jurado sean válidas para el reducido número de juicios en los tribunales estatales durante el periodo 19622002.

* Véase Daniel Kessler y Daniel Rubinfeld, "An Empirical Study of the Civil

Justice System", en A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell (comps.), *Handbook of Law and Economics,* vol. 1, NorthHolland, Amsterdam, 2007.

[†] Kevin M. Clermont y Theodore Eisenberg, "Litigation Realities", *Cornell Law Review,* vol. 88, 2002, p. 119.

[45] Véase más información acerca del artículo de Galanter en nuestro sitio web.

[46] véase en el capítulo III la discusión del proceso de apelación.

[47] En una apelación no hay pruebas o testigos nuevos que deban presentarse; de modo que los honorarios de la presentación y los de los abogados son los principales gastos para el apelante y el apelado.

[1] Véase Robert D. Cooter y Hans-Bernd Schäfer, *Solomon's Knot. How Law Can End the Poverty of Nations,* cap. XI, 2011.

[2] Véase en el libro de Michael S. Moore, citado al final de este capítulo, la mejor presentación moderna del retributismo.

[3] Por supuesto, podríamos extender la línea y llenar las lagunas con distinciones finas encontradas en el derecho penal. Por ejemplo, más a la izquierda de la escala se encuentran los actos meritorios, y más a la derecha se encuentran los actos sádicos.

[4] William Blackstone, "Commentaries on the Laws of England", vol. IV, 1776, The University of Chicago Press, Chicago, reimpreso en 1977, p. 6.

[5] El artículo 6 (2) de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuya suscripción exige la Unión Europa a sus miembros, afirma la presunción de la inocencia: toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

[6] Véase Robert D. Cooter, "Prices and Sanctions", *Columbia Law Review,* vol. 84, 1984, p. 1523.

[7] A ver si puede explicar por qué podría haber variaciones sistemáticas en las oportunidades de cometer, digamos, un abuso de confianza. ¿Qué efecto podrían tener sobre las oportunidades de cometer delitos los avances de la tecnología de rastreo de los recursos de una empresa? Explique también cómo influyen los costos de oportunidad sobre la decisión de cometer un delito.

[8] Robert Cooter ha desarrollado este modelo en varios artículos; el más reciente es "Models of Morality in Law and Economics: Self-Control and Self-Improvement for the Bad Man of Holmes", *Boston University Law Review,* vol. 78, 1998, p. 903.

[9] La tasa de descuento r es mayor que 1. Por ejemplo, la tasa de descuento podría ser, digamos, $r = (1 + 0.07)$. Por lo tanto, el actor racional sigue esta regla:

El punto de inflexión ocurre cuando el actor está indeciso entre cometer el ilícito y no cometerlo. El valor del punto de inflexión de r, denotado por r^*, se encuentra resolviendo la ecuación precedente, lo que implica

[10] Para ser precisos, la probabilidad de hacer una fechoría puede aumentar, y no puede disminuir, con una dispersión de $g(r)$ que preserve la media.

[11] David S. Lee y Justin McCrary, "Crime, Punishment and Myopia", documento de trabajo NBER, 2006, p. 11491.

[12] Los economistas llaman a este comportamiento "preferencias temporales incongruentes", los filósofos lo llaman *"akrasia"* y los psicólogos lo llaman "descuento hiperbólico". Véase una aplicación política en Jonathan Gruber y Botond Koszegi, "Tax Incidence when Individuals Are Time Inconsistent: The Case of Cigarette Excise Taxes", *Journal of Public Economics,* vol. 88, 2004, p. 2004.

[13] En el siguiente capítulo informamos sobre algunas evidencias empíricas adicionales en relación con estas cuestiones.

[14] El espacio no nos permite discutir la relación entre el descuento de los eventos futuros y el de los eventos inciertos. El descuento irracional del futuro podría acompañarse del descuento irracional de la incertidumbre. Estas dos formas de descuento irracional se refuerzan la una a la otra con respecto a la disuasión en la que cada una requiere un gran aumento en la duración del encarcelamiento para contrarrestar una pequeña disminución en la certeza del castigo.

[15] Consideremos lo que ocurre cuando el número de los actores que realizan actos cívicos es, digamos, 15% en la gráfica XII.11. En ese punto el costo efectivo de los actos cívicos supera lo que los actores están dispuestos a pagar, de modo que bajará el número de los actores que realizan actos cívicos. El proceso continúa hasta que ningún actor esté realizando actos cívicos. O bien, consideremos lo que ocurre cuando el número de los actores que realizan actos cívicos es, digamos, 60% en la gráfica XII.11. En ese punto, el costo efectivo de los actos cívicos es menor que lo que los actores están dispuestos a pagar, de modo que aumentará el número de los actores que realizan actos cívicos. El proceso continúa hasta que 100% de los actores están realizando actos cívicos. La causa de esta dinámica es una pendiente más inclinada de la curva de la oferta en relación con la curva de la demanda, lo que puede ocurrir en una industria con economías de escala que crecen rápidamente.

[1] Las fuentes principales de la información estadística sobre los delitos son la Oficina Federal de Investigaciones de los Estados Unidos, Uniform Crime Reports (anual) y la Oficina de Estadísticas Judiciales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, "Sourcebook On Criminal Justice Statistics" (anual).

[2] Los crímenes violentos (asesinato, violación, robo y asalto agravado) aumentaron en una pequeña medida (2.5%) en el 2005, después de pequeñas bajas en 2002 y 2004. El asesinato disminuyó 2.4% en 2004 pero se elevó en 4.8% en 2005; la tasa de asesinato ha sido más o menos constante desde 2005 hasta 2008.

[3] Hacia finales de 2008 hubo un total de 2 424 279 personas confinadas; 1 518 559 en las prisiones federales y estatales, 785 556 en cárceles locales, y 92 845 en los centros de detención de menores. Alrededor de 4.8 millones adicionales están en libertad condicional o libertad bajo palabra. Para ver un resumen, véase Adam Liptak, "1 in 100 U.S. Adults behind bars, New Study Says", *The New York Times,* 28 de febrero de 2008, http://www.nytimes.com/2008/02/28/us/28cnd-prision.xhtml?_r=2.

[4] Chiste: un conservador es un liberal que ha sido asaltado, y un liberal es un conservador que ha sido arrestado.

Observación: en la década de 1980 más liberales eran asaltados que los conservadores arrestados.

[5] En 1950 había 24 millones de personas entre las edades de 14 a 24 años, y hacia 1960 había aumentado sólo marginalmente a 27 millones. Sin embargo, en la década siguiente aumentó el número en 13 millones, o sea 1.3 millones por año. En 1990 había 1.5 millones de jóvenes en el grupo de edad de 15 a 19 años, menos que en 1980. Este grupo representaba 9.3% de la población estadunidense en 1980, pero sólo 7.2% en 1990. Véase más adelante, en la sección 2D, una teoría acerca de las razones de esos cambios y una posible conexión con la cantidad de delitos.

[6] Puede encontrarse un análisis detallado de estas cifras y de otras explicaciones de la oleada delictiva de la década de 1960 en James Q. Wilson, *Thinking About Crime,* ed. rev., Basic Books, Nueva York, 1983, pp. 13-25 (cap. 1, "Crime Amidst Plenty: The Paradox of the Sixties") y pp. 223-249 (cap. 12, "Crime and American Culture"). Es importante advertir también que este incremento secular de la cantidad de delitos se ha observado en todos los países desarrollados, no sólo en los Estados Unidos.

[7] Véase un análisis de las implicaciones de estas conexiones en James Q. Wilson, "What to Do About Crime?", *Commentary*, septiembre, 1994.

[8] Hay problemas de definición para contar a los oficiales de policía. (Por ejemplo, ¿deberíamos incluir a los guardias de seguridad, o sólo a los oficiales del orden público que han prestado juramento?) Haciendo a un lado estas cuestiones, en 2006 hubo casi 700 000 oficiales de policía trabajando para los estados, condados, municipios, universidades, sistemas de tránsito y otras organizaciones gubernamentales no federales. Había una cantidad adicional de 120 000 oficiales de policía federales, para un total nacional de alrededor de 820 000 oficiales de policía. Estas cifras no han aumentado mucho desde 2006.

[9] Véase Wilson, *supra* nota 7.

[10] Rucker C. Johnson y Steven Raphael, "Incarceration Trends and Racial Disparities in AIDS infections", Goldman School of Public Policy, University of California, Berkeley, Documento de trabajo (otoño, 2008).

[¶] Algunos sostienen que los registros de arrestos, condenas y encarcelamientos reflejan un sistema de justicia penal racista. Muchas pruebas refutan esta concepción. Un estudio reciente de la Academia Nacional de Ciencias concluyó que: "pocos criminólogos dirían que la diferencia actual entre los niveles de encarcelamiento de blancos y negros se debe principalmente a la discriminación en las sentencias o a cualquiera de los otros procesos de toma de decisiones en el sistema de la justicia penal". De igual modo, un estudio realizado en 1991 por la Corporación Rand, de los adultos acusados de robos y asaltos en 14 áreas urbanas, no encontró ninguna prueba de la discriminación racial o étnica en las tasas de condena, la duración de los juicios u otros indicadores importantes de las sentencias.

[§] "Durante la década de 1960, un barrio de San Francisco tenía el ingreso más bajo, la tasa de desempleo más alta, la mayor proporción de familias con ingresos menores de 4 000 dólares por año, el menor nivel educativo, la tasa de tuberculosis más elevada y la proporción más alta de viviendas deficientes [...] Ese barrio se llamaba Chinatown. Sin embargo, en 1965 había sólo cinco personas de ascendencia china encarceladas en todo el estado de California." James Q. Wilson y Richard J. Herrnstein, *Crime and Human Nature,* 1985.

[*] El material de este recuadro proviene de John J. Dilulio Jr., "The Question of Black Crime", *The Public Interest,* otoño de 1994. Véanse también los comentarios sobre ese artículo de Glenn C. Loury, James Q. Wilson, Paul H. Robinson, Patrick A. Langan y Richard T. Gill.

[†] Para los delitos violentos de todos tipos, la tasa de las víctimas fue, en 1992, de 113 por 1 000 para los adolescentes negros, 94 por 1 000 para las adolescentes negras, 90 para los adolescentes blancos y 55 para las adolescentes blancas. Para los jóvenes negros ligeramente mayores (de 20 a 34 años), la tasa fue de 80; para los blancos de la misma edad, la tasa fue de 52. Por último, para los negros

adultos, entre las edades de 35 y 64 años, la tasa fue de 35; para los blancos adultos, la tasa fue de 18.

[‡] Cerca de 84% de los delitos violentos de un solo participante cometidos por negros se cometen contra otros negros, y cerca de 73% de los delitos violentos cometidos por blancos se cometen contra otros blancos.

[11] Mencionamos dos problemas generales con todos los estudios estadísticos de la disuasión. Primero, la exactitud de la información sobre el número de delitos difiere significativamente entre las jurisdicciones en cualquier momento en el tiempo. Por ejemplo, algunos delitos casi siempre se reportan a las autoridades; otros se reportan rara vez; estas discrepancias en los reportes difieren con el tiempo y entre las jurisdicciones. Estas imprecisiones pueden generar relaciones estadísticas espurias. (Para más información sobre este tema véase la nota web 13.1.) Segundo, los modelos estimados omiten algunas variables importantes pero difíciles de medir, tales como si los adultos fueron abusados de niños. Si las variables omitidas se correlacionan con las variables incluidas, la relación estimada estará sesgada. Con el paso del tiempo, las mejoras en la medición de variables y mejores técnicas estadísticas tienden a superar estas dos debilidades en los estudios de disuasión.

[12] Isaac Ehrlich, "Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation", *Journal of Political Economy,* vol. 81, 1973, p. 521. Ehrlich descubrió también que no había ningún efecto de disuasión imputable a la severidad del castigo, medida por la duración media de una sentencia de prisión por robo en los años de 1940 y 1960, pero que sí había tal efecto en 1950.

[13] Alfred Blumstein y Daniel Nagin, "The Deterrent Effect of Legal Sanctions on Draft Evasion", *Stanford Law Review,* vol. 28, 1977, p. 241.

[14] Kenneth Wolpin, "An Economic Analysis of Crime and Punishment in England and Wales 1894-1967", *Journal of Political Economy,* vol. 86, 1978, p. 815. Los datos eran mejores que cualesquiera otros comparables de los Estados Unidos y, en virtud de la extensión del periodo cubierto, permitían una flexibilidad considerable a las hipótesis verificadas.

[15] Blumstein, Cohen y Nagin (comps.), *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates,* 1978. Ehrlich y Mark critican el informe en "Fear of Deterrence", *Journal of Legal Studies,* vol. 6, 1977, p. 293.

[16] Ann Witte, "Estimating the Economic Model of Crime with Individual Data", *Quarterly Journal of Economics,* vol. 94, 1980, p. 57. Además, Witte descubrió que la fuerza del efecto de disuasión variaba entre diferentes clases de victimarios potenciales. Para quienes cometen delitos graves, incluso violentos,

la severidad del castigo tenía un efecto de disuasión más fuerte que la certeza del castigo. Para quienes cometían delitos contra la propiedad, la certeza de arresto y la condena tenía un efecto de disuasión más fuerte que la severidad del castigo. El efecto de disuasión era más débil para los drogadictos. Por último, y un tanto sorprendentemente, la facilitación del empleo subsecuente no tenía ningún efecto significativo sobre los delitos futuros.

[17] C. A. Murray y L. A. Cox, Jr., *Beyond Probation: Juvenile Corrections and the Chronic Delinquent,* 1979. Adviértase que Murray y Cox descubrieron que las tasas de reaprehensión fueron más altas para los delincuentes juveniles comparables que no habían sido encarcelados sino dejados en libertad condicional.

[18] Drago, Galbiati y Vertova, "The Deterrent Effects of Prison: Evidence From a Natural Experiment", *Journal of Political Economy,* vol. 119, 2009, p. 257.

[19] David Lee y Justin McCrary, "Crime, Punishment and Myopia", documento de trabajo NBER, núm. W1149, 2005. Un estudio anterior analizaba los efectos de los castigos más severos en la mayoría de edad. Véase Steven Levitt, "Juvenile Crime and Punishment", *Journal of Political Economy,* vol. 106, 1998, p. 1156.

[20] Robinson y Darley, "Does the Criminal Law Deter? A Behavioral Science Investigation", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 24, 2004, p. 173.

[21] *Ibid.,* p. 175.

[22] Ellos reconocen que esto es una generalización. Muchas personas saben acerca de los puntos de inflexión importantes en las sanciones criminales; por ejemplo, que las sentencias para un delito determinado aumentan considerablemente cuando un menor se convierte en adulto. De modo que no debería sorprendernos el enterarnos que cuando los menores se convierten en adultos, cometen menos delitos. Véase Levitt, *supra* nota 19.

[23] Randi Hjalmarsson, "Crime and Expected Punishment: Changes in Perceptions at the Age of Criminal Majority" (disponible a partir de 2010).

[24] Véase, por ejemplo, James Q. Wilson y Richard Herrnstein, *Crime and Human Nature,* Simon and Schuster, Nueva York, 1985.

[25] Orsagh y Witte, "Economic Status and Crime: Implications for Offender Rehabilitation", *Journal of Law and Criminology*, vol. 72, 1981, p. 1055. Este estudio sigue a una reseña de la literatura hecha por Robert Gillespie, "Economic Factors in Crime and Delinquency", en *Unemployment and Crime: Hearings Before the Subcomittee on Crime of the Comittee on the Judiciary, House of Representatives,* US Government Printing Office, Washington, D.C., 1978. Gillespie encontró tres estudios que describían una relación significativa entre el

desempleo y el delito, y siete estudios que no la descubrían.

[26] Philip J. Cook y Gary A. Zarkin, "Crime and the Business Cycle", *Journal of Legal Studies,* vol. 14, 1985, p. 115. Quizás esto parezca sorprendente, dada la correlación existente entre el ciclo económico, los delitos contra la propiedad menos graves y la creencia habitual de que existe una correlación entre tales delitos contra la propiedad y los homicidios. Véase también Richard Freeman, "Crime and Unemployment", en James Q. Wilson (comp.), *Crime and Public Policy,* ICS Press, Washington, 1983, y James Q. Wilson y Philip J. Cook, "Unemployment and Crime—What Is the Connection?", *Public Interest,* vol. 79, 1985, p. 3.

[27] Puede encontrarse en Wilson, *Thinking about Crime,* ed. rev., Basic Books, Nueva York, 1983, pp. 137-142, un excelente análisis de la literatura existente sobre la disuasión del delito mediante el incremento de los beneficios de alternativas legales.

[28] Por ejemplo, estimaron que el valor de un automóvil robado era 20% de su valor de mercado. Y con base en un estudio del narcotráfico en Washington, D. C., estimaron que el ingreso neto del narcotraficante promedio ascendía a $2 000 mensuales. Datos más recientes de la encuesta de Levitt y Venkatesh sugieren que los ingresos anuales de la mayoría de los traficantes de drogas es mucho menor que los de los empleados con salario mínimo. (Véase *Freakonomics,* cap. 3, "Why Do Drug Dealers Still Live with Their Moms?", 2006.) Levitt y Venkatesh también escribieron sobre la economía de la prostitución callejera, mostrando que no es nada gratificante financieramente (véase "An empirical Analysis of Street Level Prostitution", septiembre, 2007, y *Superfreakonomics,* cap. 1, "How Is a Street Prostitute Like a Department Store Santa?", 2009).

[29] John J Donohue III y Steven D. Levitt, "The impact of Legalized Abortion on Crime", *Quarterly Journal of Economics,* vol. 116, 2001, p. 379. Resulta interesante observar que el artículo apareció primero en la red de Enseñanza Legal SSRN en el año 2000, de donde hubo gran número de consultas. *The New York Times* y otras publicaciones nacionales informaron los hallazgos del estudio mucho tiempo antes de que apareciera la versión final en el *Quarterly Journal of Economics*.

[30] Ted Joyce, "A Simple Test of Abortion and Crime", *Review of Economics and Statistics,* vol. 91, 2009, p. 112. Expresamos nuestro agradecimiento a Justin McCrary por su consejo en este tema tan difícil. Véase también Ted Joyce, "Abortion and Crime: A Review", documento de trabajo NBER, junio, 2009. En la nota web XIII.3 se resumen estas y otras críticas del estudio realizado por Donohue y Levitt.

[31] Véase Francis Allen, *The Decline of the Rehabilitation Ideal: Penal Policy and Social Purpose,* Yale University Press, New Haven, 1981.

[32] John J. Dilulio, "The Costs of Crime", *Brookings Review,* otoño de 1994.

* Éste puede ser el caso en que la ley en los libros y la ley en la práctica difieren con respecto a las sentencias de los tres *strikes*. Los fiscales rara vez invocan la ley de los tres *strikes* cuando el tercer delito no fue violento o grave. Asimismo, los jueces de California han decidido que un "delito grave" se puede definir de forma distinta a como se define en los estatutos, de tal forma que pueden tratar un delito grave no violento como si fuera un delito menor que no cuenta como un tercer *strike*.

† Helland y Tabarrok, "Does Three Strikes Deter?: A Nonparametric Estimation", *Journal of Human Resources,* vol. 22, 2007, p. 309. Véase también Emily Bazelon, "Arguing Three Strikes", *The New York Times Sunday Magazine,* mayo 17, 2010, y Franklin Zimring, Gordon Hawkins y Sam Kamin, *Punishment and Democracy: Three Strikes and You're Out in California,* Oxford University Press, Nueva York, 2001, quien encuentra que las leyes de los tres *strikes* no tienen ningún efecto disuasivo discernible, son administrativamente complicadas y pueden dar lugar a injusticias significativas.

[33] Daniel Kessler y Steven D. Levitt, "Using Sentence Enhancements to Distinguish Between Incapacitation and Deterrence", *Journal of Law and Economics,* vol. 42, 1998, p. 343.

[34] El estudio de Kessler-Levitt es criticado en Cheryl Marie Webster, Anthony N. Doob y Franklin E. Zimring, "Proposition 8 and Crime Rates in California: The Case of the Disappearing Deterrent", *Criminology and Public Policy,* vol. 5, 2006, p. 417. Pero véase Levitt, "The Case of the Critics Who Missed the Point: A Reply to Webster *et al.* ", *Criminology and Public Policy,* vol. 5, 2006, p. 449.

[35] En promedio, el delincuente violento pasa ahora en una prisión estatal sólo 40% de la sentencia en prisión.

[36] Véase una crítica de la sentencia obligatoria y una argumentación de un antiguo juez de instrucción estatal de Pennsylvania, en el sentido de que el sistema anterior de discreción judicial funcionaba bien, en Lois G. Forer, *A Rage to Punish: The Unintended Consequences of Mandatory Sentencing,* W. W. Norton, Nueva York, 1994.

[37] En Carolina del Norte, algunos internos demandaron al Estado, sosteniendo que el hacinamiento de las prisiones estatales viola la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que prohíbe los castigos crueles e inusitados. El acuerdo de 1988 que arregló la disputa estipulaba que Carolina del Norte proveería 4.6 metros cuadrados de espacio para cada prisionero. Con sus

instalaciones actuales, Carolina del Norte sólo puede albergar a 21 400 prisioneros y satisfacer todavía este acuerdo. A fin de mantener al total de la población carcelaria del estado, 21 400, la duración promedio del encarcelamiento de los prisioneros ha bajado, en Carolina del Norte, durante los últimos siete años, de 40% de la sentencia original a 18.5 por ciento.

[38] En su ley anticrimen de 1994, el Congreso asignó dinero para que el gobierno federal construyera diez "prisiones regionales" a fin de añadir entre 50 000 y 100 000 espacios de prisión nuevos dentro de los cinco años siguientes. El Congreso invitó a los estados a ubicar a sus prisioneros en estas instalaciones nuevas (ahorrando así, a los estados, el costo políticamente gravoso de construir sus propias prisiones nuevas), pero sólo si los estados reformaban sus códigos penales en varios sentidos, sobre todo asegurando al gobierno federal que los delincuentes violentos pasarían en prisión 85% de su sentencia.

* Véase John J. Donohue III y Peter Siegelman, "Allocating Resources Among Prisons and Social Programs in the Battle Against Crime", *Journal of Legal Studies,* vol. 27, 1998, p. 1.

[39] G. Mansell, "Comparative Correctional Systems: United States and Sweden", *Criminal Law Bulletin,* vol. 8, 1972, p. 748.

[40] Proyecto de la American Bar Association sobre las Normas de la Justicia Penal, *Standards Relating to Sentencing Alternatives and Procedures,* 1971, y Comisión Nacional de Asesoría sobre Normas y Metas de la Justicia Penal, *Proceedings of the National Conference on Criminal Justice,* 1973.

[41] Véanse los detalles del funcionamiento del sistema en Hans Thornstedt, "The Day-Fine System in Sweden", *Criminal Law Review,* junio de 1975, p. 307. La razón por la que podemos percibir las multas penales como independientes del ingreso y la riqueza del delincuente es que ignoramos el efecto económico implícito de la condena sobre las oportunidades subsecuentes de empleo. John Lott, Jr. (en "Do We Punish High Income Criminals Too Heavily?", *Economic Inquiry,* vol. 30, 1992, p. 583) demuestra que los delincuentes de altos ingresos sufren una pérdida mucho mayor que los delincuentes de ingresos bajos y medianos en los ingresos subsecuentes, debido a una condena penal. Lott calcula que la adición de este elemento de la pérdida vuelve muy progresivo el castigo monetario total por el delito (la multa penal, más la pérdida de ingresos subsecuentes).

[42] Furman *vs.* Georgia, 408 U.S. 238 (1972). Los magistrados Thurgood Marshall y William Brennan opinaron que la pena de muerte era un castigo cruel e inusitado (de modo que violaba la Octava Enmienda de la Constitución) en cualesquiera circunstancias, así que siempre sería inconstitucional. (El magistrado Harry Blackmun anunció en 1994, poco antes de su jubilación, que él

también había llegado a creer que la pena capital era inconstitucional en cualesquiera circunstancias.) Los otros tres magistrados de la mayoría no estaban dispuestos a llegar tan lejos, sosteniendo en cambio que la pena capital era inconstitucional sólo cuando el Estado la aplicaba de un modo caprichoso y discriminatorio.

[43] Profitt *vs*. Florida, 428 U.S. 242 (1976); Jurek *vs*. Texas, 428 U.S. 252 (1976); y Gregg *vs*. Georgia, 428 U.S. 153 (1976).

[44] Nebraska solía tener pena de muerte, pero en 2008 la Suprema Corte Estatal declaró que el único método de ejecución (la electrocución) era inconstitucional. La legislatura del estado no ha escrito un nuevo estatuto sobre la pena de muerte.

[45] El 43% de los que esperan su ejecución son afroestadunidenses. Cerca de 1.5% son mujeres. Cerca de 2% tenían 17 años de edad o menos.

[46] Estas exoneraciones fueron el resultado del trabajo heroico de estudiantes de periodismo de la Universidad Northwestern y de Larry Marshall y sus colaboradores en el Centro de Sentencias Erradas de la Escuela de Derecho de la Universidad Northwestern.

[47] Véase Samuel R. Gross, Kristen Jacoby, Daniel J. Matheson, Nicholas Montgomery y Sujata Patil, "Exonerations in the United States, 1989 Through 2003", *Criminal Law and Criminology,* vol. 95, 2005, p. 523, y a Andrew Gelman, James S. Liebman, Valerie West y Alexander Kiss, "A Broken System: The Persistent Pattern of Reversáis of Death Sentences in the United States", *Journal of Empirical Legal Studies,* vol. 1, 2004, p. 209.

[48] Thorsten Sellin, *Capital Punishment,* 1967, pp. 135-160. Véase también T. Sellin, *The Penalty of Death,* 1980.

[49] Algunas personas afirman que, en ausencia de la pena de muerte, los delincuentes empedernidos no tienen nada que perder si asesinan a los guardias de la prisión o a otros internos, de modo que cometerán más de tales asesinatos.

[*] Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis,* The University of Chicago Press, Chicago, 1981, pp. 157-193. Véase también Neil Duxbury, *Random Justice: On Lotteries and Legal Decision-Making,* Oxford University Press, Oxford y Londres, 2002.

[†] W. G. Blair, "Flip of a Coin Decides Jail Term in a Manhattan Criminal Case", *New York Times,* 2 de febrero de 1982; K. R. Shipp, "Ex-Jurist Who Made Coin-Toss Decision is Barred from Being New York Judge Again", *The New York Times,* 7 de abril de 1983.

[50] Isaac Ehrlich, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of

Life and Death", *American Economic Review,* vol. 65, 1975, p. 397. Véase también Ehrlich, "Capital Punishment and Deterrence: Some Further Thoughts and Additional Evidence", *Journal of Political Economy,* vol. 85, 1977, p. 741.

[51] Ehrlich justificó la inclusión de la variable de la raza alegando que las oportunidades de empleos legítimos para los negros, especialmente los jóvenes negros, son limitadas. Por lo tanto, es posible que los negros tiendan en mayor medida a cometer delitos contra la propiedad y, dada la correlación existente entre tales delitos, los homicidios, que tiendan en mayor medida a asesinar.

[52] El Departamento de Justicia citó este resultado particular en su argumentación ante la Suprema Corte, en Gregg *vs*. Georgia, en favor de la pena de muerte. Kenneth Wolpin realizó un estudio similar al de Ehrlich para Inglaterra y Gales en el periodo de 1929-1968 y concluyó que una ejecución adicional habría reducido en cuatro el número de los homicidios (Wolpin, "Capital Punishment and Homicide: The English Experience", *American Economics Review,* vol. 68, 1978, p. 422). Otro hallazgo del estudio de Ehrlich — frecuentemente omitido en el debate sobre el efecto disuasivo de la pena capital — es que el efecto de disuasión de una mejora en las condiciones del mercado de trabajo es más fuerte que el de cualquiera de las variables del sistema de justicia penal.

[53] John Taylor, "Econometric Models of Criminal Behavior", en J. M. Heineke (comp.), *Econometric Models of Criminal Behavior,* 1978.

[54] Passell y Taylor, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: Another View", *American Economics Review,* vol. 57, 1977, p. 945. En respuesta a estas críticas, Ehrlich realizó un estudio de sección transversal del efecto de disuasión de la pena capital sobre el homicidio, para varios estados, entre 1940 y 1960. Ehrlich, "Capital Punishment and Deterrence: Some Further Thoughts and Additional Evidence", *Journal of Political Economy,* vol. 85, 1977, p. 741. De nuevo Ehrlich encontró un efecto de disuasión del homicidio derivado de los incrementos de la probabilidad de la ejecución. Este estudio posterior no está sujeto a las críticas formuladas contra el trabajo anterior, pero se han formulado otras objeciones contra el uso de datos de sección transversal por parte de Ehrlich.

[55] Richard Lempert, "Dessert and Deterrence: An Assessment of Moral Bases of the Case for Capital Punishment", *Michigan Law Review,* vol. 79, 1981, p. 1177. El trabajo de Wolpin, mencionado antes, señalaba también que, para que se sostuvieran sus conclusiones acerca del efecto de disuasión de la pena de muerte en Inglaterra, un cambio en la probabilidad de la ejecución de los homicidas condenados no debe causar un cambio en la probabilidad de la condena por homicidio.

[56] Lawrence Katz, Steven Levitt y Ellen Shustorovich, "Prision Conditions, Deterrence and Capital Punishment", *American Law and Economics Review,* vol. 5, 2003, p. 213.

[57] Hashem Dezhbakhsh y Joanna M. Shepherd, "The Deterrence Effect of Capital Punishment: Evidence from a Judicial Experiment", *Economic Inquiry,* vol. 44, 2006, p. 512.

[58] Hashem Dezhbakhsh, Paul H. Rubin y Joanna M. Shepherd, "Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect?: New Evidence from Postmoratorium Panel Data", *American Law and Economics Review,* vol. 5, 2003, p. 344.

[59] H. Naci Mocan y R. Kaj Gittings, "Getting Off Death Row: Commuted Sentences and the Deterrent Effect of Capital Punishment", *Journal of Law and Economics,* vol. 46, 2003, p. 453.

[60] John J. Donohue III y Justin Wolfers, "Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate", *Standford Law Review,* 2005.

[61] *Ibid.,* pp. 800-801. Donohue y Wolfers se refieren a estos eventos como "Experimentos naturales determinados por la Suprema Corte".

[62] Véase Edward Leamer, "Let's Take the 'Con' Out of Econometrics", *American Economics Review,* vol. 73, 1983, p. 31. El profesor Leamer utiliza un estudio econométrico del efecto de disuasión de la pena capital para demostrar el efecto de las creencias previas del investigador sobre sus conclusiones. *Ibid.,* pp. 40-43.

[63] Por ejemplo, 90% de quienes están a favor dicen que apoyan esta sanción aunque se les pudiera demostrar concluyentemente que no hay ningún efecto de disuasión. Vidmar y Ellsworth, "Public Opinion and the Death Penalty", *Stanford Law Review,* vol. 26, 1974, p. 1245.

[64] Véase Stanley Rothman y Stephen Powers, "Execution by Quota?", *Public Interest,* vol. 116, 1994, p. 3. Véase también John Blume, Theodore Eisenberg y Martin T. Wells, "Explaining Death Row's Population and Racial Composition", *Journal of Empirical Legal Studies,* vol. 1, 2004, p. 165.

[65] Para consultar las fuentes, véase Robert MacCoun, "Is the Addiction Concept Useful for Drug Policy?", en Nick Heather y Rudy E. Vuchinich (comps.), *Choice, Behavioral Economics, and Addiction,* Pergamon, Países Bajos, 2003, pp. 335-373, en la p. 368. Aquí hay un chiste pertinente: cuando Keith Richards, miembro de la banda de rock The Rolling Stones fue arrestado por otro cargo de drogas, supuestamente dijo: "Aclaremos las cosas. No tengo un problema de drogas, tengo un problema policial".

[66] Véase Peter Reuter, "Can the Borders Be Sealed?", *Public Interest,* vol. 82, 1988, p. 36. Véase también Jonathan P. Caulkins, Peter Reuter, Martin Y. Iguchi y James Chiesa, "How Goes the 'War On Drugs'?", *RAND,* Drug Policy Research Center, 2005.

[67] Véase, en general, MacCoun, *supra* nota 65.

[68] Véase un análisis iluminante de las numerosas variedades de la legalización en Mark Kleiman y Aaron Sager, "Drug Legalization: The Importance of Asking the Right Question", *Hofstra Law Review,* vol. 18, 1990, p. 527.

[69] Véase un argumento en el sentido de que la despenalización conduciría a un aumento de la drogadicción en Ethan Nadelman, "The Case for Legalization", *Public Interest,* vol. 82, 1988, p. 3. Hay un argumento más reciente en favor de la despenalización en Andrew D. Leipold, "The War on Drugs and the Puzzle of Deterrence", *Journal of Gender, Race and Justice,* vol. 6, 2002, p. 111.

[70] Becker, Murphy y Grossman, "The Economic Theory of Illegal Goods: The Case of Drugs", *Journal of Political Economy,* vol. 114, 2006, p. 38. Su investigación incluye una consideración más amplia de todos los bienes ilegales, aquellos para los que "el valor social [...] es menor que su valor privado". Su conclusión general es aquella en las instancias de bienes con esa característica, "sería mucho más efectivo permitir que el bien sea legal, e imponer el impuesto monetario correcto para tener en cuenta la discrepancia entre los valores privados y los sociales". Si ésa es la política óptima, ¿por qué ha sido el caso a través de la historia en que la sociedad ha lidiado con bienes ilegales como la prostitución, las drogas y las apuestas a través de políticas subóptimas como las prohibiciones? Los autores sugieren que "una respuesta a esta discrepancia entre las políticas óptimas y las políticas reales depende de sus diferentes impactos en el consumo por parte de la clase media y de las personas más pobres. Las familias con ingresos medios y más altos a menudo prefieren que ciertos bienes sean ilegales en lugar de enfrentar mayores impuestos, mientras que las personas más pobres prefieren lo contrario. Si los pobres tuvieran mucho menos poder político, esos bienes acabarían por ser ilegales".

[71] Véase James Q. Wilson, nota 7 anterior.

[72] Cerca de 80% de los ciudadanos estadunidenses (incluido cerca de 60% de los miembros de la Asociación Nacional del Rifle, generalmente considerada como el principal grupo de cabildeo contra las regulaciones de las pistolas) está a favor de que se apliquen más restricciones a la posesión de armas de fuego, especialmente las pistolas. Sólo 30% apoya una prohibición total.

[73] El propósito de estas revisiones es mantener las pistolas fuera del alcance de los delincuentes condenados, los fugitivos, los menores, los drogadictos actuales

y anteriores, y quienes hayan cometido delitos involuntariamente a causa de alguna enfermedad mental. Podría decirse que esta ley ha sido efectiva. De 1994 a 2008 se evitaron alrededor de dos millones de ventas de armas de fuego por las revisiones de antecedentes de la Ley Brady. Sin embargo, los juicios por ventas o compras ilegales han sido muy raros.

[74] Los rifles, las escopetas y las municiones están disponibles para quienes posean una tarjeta de identificación de Propietarios de Armas de Fuego de Illinois (IPAF). Esta tarjeta se consigue en el plazo de un mes, y aunque un comprador potencial de armas de fuego tenga una de ellas, debe pasar por un periodo de espera antes de recibir el arma. A pesar de estos esfuerzos, hay cientos de miles de pistolas ilegales en Chicago. La razón es que a Chicago le resulta en extremo difícil sellar sus fronteras. Las pistolas provienen de los suburbios, donde no están tan estrictamente reguladas, o de los estados vecinos de Indiana o Wisconsin. Esta experiencia sugiere que la regulación local tenderá a ser ineficaz.

[75] Véase James Q. Wilson, *Thinking About Crime,* ed. rev., Basic Books, Nueva York, 1983, pp. 135-136. Esta reducción de los homicidios asociados a otros delitos ocurrió a pesar de que estaba aumentando el número total de tales delitos en Boston y otras ciudades grandes.

[76] Daniel Polsby, "The False Promise of Gun Control", *The Atlantic Monthly,* marzo de 1994, pp. 57-60.

[77] Arthur Kellerman *et al., New England Journal of Medicine,* 7 de octubre de 1993.

[78] Agradecemos esta información a John Lott, Jr. Véase una extensión de este argumento en Lott, *More Guns, Less Crime,* The University of Chicago Press, Chicago, 1999.

[79] Steven D. Levitt, "Understanding Why Crime Fell in the 1990's: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not", *Journal of Economic Perspective,* vol. 18, 2004, p. 163. Suprimiremos las referencias a ciertas partes de este artículo en el resto de esta sección. Véase también Steven D. Levitt y Thomas J. Miles, "Empirical Study of Criminal Punishment", en A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell (comps.), *Handbook of Law and Economics,* vol. 1, North-Holland, Amsterdam, 2007.

[80] "En 2001, tasas de arresto per cápita para las personas mayores de 65 era de aproximadamente un cincuentavo del nivel de aquellas de entre 15 y 19 años de edad." Las tasas de victimización de los ancianos son de alrededor de la décima parte de las de los adolescentes.

[81] Una teoría influyente acerca de este cambio en las estrategias policiales fue

la hipótesis de "las ventanas rotas" que se atribuye a James Q. Wilson y George L. Kelling, "Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety", *The Atlantic Monthly,* marzo de 1992, disponible en la página @w@http://www.theatlantic.com/politics/crime/windows.htm.@/w@ El profesor Bernard E. Harcourt, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago, critica la hipótesis de Wilson-Kelling en *Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing,* Harvard University Press, Cambridge, 2001.

[82] Un cuarto factor importante (y controversial) en Nueva York, un factor que ya hemos explorado, fue el hecho de que, en la década de 1970, la ciudad de Nueva York tuvo tasas de aborto que se encontraban entre las más altas del país y el estado de Nueva York legalizó el aborto en 1970, tres años antes de la decisión de la Suprema Corte en Roe *vs*. Wade, 410 U.S. 113 (1973). No olvide ver en la nota web XIII.3 una crítica de la hipótesis de que existe una conexión entre las tasas de aborto y tasas delictivas posteriores.

[83] Jens Ludwig y Philip J. Cook. "Homicide and Suicide Rates Associated with Implementation of the Brady Handgun Violence Prevention Act", *Journal of the American Medical Association*, vol. 284, 2000, p. 585.

[84] Véase John R. Lott, Jr., y David B. Mustard, "Crime, Deterrence, and the Right to Carry Concealed Handguns", *Journal of Legal Studies,* vol. 26, 1997, p. 1. La hipótesis se amplía en John R. Lott, Jr., *More Guns, Less Crime: Understand Crime and Gun Control Laws,* 1998.

[85] Thomas Marvell y Carlisle Moody, "Specification Problems, Police Levels, and Crime Rates", *Criminology,* vol. 34, 1996, p. 609.

[86] Levitt, "Using Electoral Cycles in Police Hiring to Estimate the Effect of Police on Crime: A Reply", *American Economic Review,* vol. 92, 2002, p. 1244. Levitt utilizó los cambios en el número de bomberos como un instrumento para los cambios en el número de policías.

[87] Véase Franklin E. Zimring, *The Great American Crime Decline,* Oxford University Press, Nueva York, 2008.

Traducida a más de cinco idiomas, esta obra se ha convertido en lectura obligada para el análisis económico del derecho. Con la idea en mente de que la economía ha cambiado tanto la naturaleza de los estudios legales como el entendimiento común de las reglas y las instituciones legales e incluso la práctica del derecho, los autores brindan una rigurosa metodología y las herramientas teóricas básicas de economía para quienes no son economistas, y de derecho para quienes no son abogados.

Esta tercera edición en español de *Derecho y economía* —revisada y actualizada exhaustivamente— refleja los últimos avances del conocimiento interdisciplinario que comprende, y amplía los debates previos de estudios jurídicos empíricos y del derecho y la economía del comportamiento.

Las modificaciones que encontrará el lector van desde un orden distinto en la forma de abordar los ilícitos y los contratos, un análisis más profundo, ahora dividido en dos capítulos, del material sobre el proceso legal, hasta gráficos y tablas adicionales, nuevas lecturas complementarias y una actualización del *Manual del instructor*.

www.fondodeculturaeconomica.com

Índice

Sumario 7
Prefacio 8
I. Introducción al derecho y la economía 11
1. ¿Qué es el análisis económico del derecho? 13
2. Algunos ejemplos 15
3. La primacía de la eficiencia sobre la distribución al analizar el derecho privado 18
4. ¿Por qué deben estudiar economía los abogados? ¿Por qué deben estudiar derecho los economistas? 21
5. El plan de este libro 22
II. Revisión breve de la teoría microeconómica 24
1. Estructura de la teoría microeconómica: panorama general 24
2. Algunos conceptos fundamentales: maximización equilibrio y eficiencia 25
3. Herramientas matemáticas 28
4. Teoría de la elección y demanda del consumidor 32
5. Teoría de la oferta 43
6. Equilibrio del mercado 46
7. Teoría de juegos 53
8. Teoría de la fijación de precios de los activos 57
9. Equilibrio general y economía del bienestar 58
10. Toma de decisiones bajo la incertidumbre: el riesgo y el seguro 65
11. Beneficios y crecimiento 73
12. Economía del comportamiento 75
III. Introducción breve al derecho y las instituciones legales 81
1. Las tradiciones del derecho civil y las del derecho común 81
2. Instituciones del sistema judicial federal y del sistema judicial estatal de los Estados Unidos 85
3. Naturaleza de una disputa legal 89
4. Evolución de las reglas legales 92
IV. Teoría económica de la propiedad 98
1. Concepto legal de la propiedad 101
2. Teoría de la negociación 102
3. El origen de la institución de la propiedad: un experimento mental 105

4. Teoría económica de la propiedad 110
5. ¿Cómo se protegen los derechos de propiedad? 126
6. ¿Qué puede ser objeto de propiedad privada? Bienes públicos y bienes privados 135
7. ¿Qué pueden hacer los dueños con su propiedad? 138
8. Sobre la distribución 139
Apéndice. El concepto filosófico de la propiedad 142
V. Temas de la economía del derecho de la propiedad 147
1. ¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada? 148
2. ¿Cómo se establecen y verifican los derechos de propiedad? 185
3. ¿Qué pueden hacer los dueños con sus propiedades? 201
4. ¿Cuáles son los remedios para la violación de los derechos de propiedad? 213
VI. Teoría económica de los ilícitos culposos 239
1. Definición del derecho de los ilícitos culposos 241
2. Teoría económica de la responsabilidad de los ilícitos culposos 254
Apéndice. Responsabilidad y simetría 290
VII. Temas en la economía de la responsabilidad de los ilícitos culposos 293
1. Extensión del modelo económico 293
2. Cálculo de los daños 322
3. Evaluación empírica del sistema estadunidense de responsabilidad de los ilícitos culposos 332
VIII. Teoría económica del derecho de los contratos 350
1. Teoría de la negociación: una introducción a los contratos. 351
2. Teoría económica del cumplimiento de contratos 358
3. Teoría económica de los remedios contractuales 364
4. Interpretación económica de los contratos 370
5. Relaciones contractuales: la economía del largo plazo 379
IX. Temas del análisis económico del derecho de los contratos 389
1. Remedios como incentivos 389
2. Defensas de formación y excusas del incumplimiento 431
Apéndice. Anexo matemático 469
X. Teoría económica del proceso legal 483
1. El objetivo del proceso legal: minimización de los costos sociales 486
2. ¿Por qué demandar? 488

3. Intercambio de información 494
4. Negociación de un arreglo 504
5. Juicio 509
6. Apelaciones 517
XI. Temas en el análisis económico del proceso legal 527
1. Reclamaciones, abogados, molestias y otras cuestiones en el proceso legal 527
2. Evaluación empírica del proceso legal 555
XII. Teoría económica del delito y el castigo 568
1. Teoría tradicional del derecho penal 569
2. Teoría económica del delito y el castigo 575
XIII. Temas en la economía del delito y el castigo 607
1. El delito y el castigo en los Estados Unidos 607
2. ¿El castigo disuade los delitos? 614
3. Castigo eficiente 624
4. Pena de muerte 634
5. La economía de la drogadicción y el delito 643
6. Economía del control de armas 649
7. Explicando la disminución de la criminalidad en los Estados Unidos 653
Índice de casos 661
Índice onomástico 664
Índice de temas 675