CARLOS PEÑA GONZÁLEZ

Decano Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Civil

Editorial

El análisis económico de las instituciones legales

La economía queda bien descrita como una teoría de la decisión, es decir, como un conjunto de proposiciones que intenta describir el acto de escoger. Se trata de un problema antiguo que no es difícil detectar en la literatura y que ya aparece, por ejemplo, en la obra de Aristóteles. Aristóteles -algunos de cuyos conceptos subyacen, por ejemplo, en la teoría del valor que formularon Ricardo y Marx- creyó que buena parte de las acciones humanas equivalían a acciones mixtas, es decir, a acciones que ejecutamos "por evitar males mayores o por alguna causa noble", es decir a elecciones que compatibilizan lo que queremos y lo que podemos, nuestros deseos, por una parte, y la realidad por otra parte, adelantando, así, buena parte de la teoría de la decisión que subyace a la teoría económica. Según lo sugiere la economía neoclásica -cuya primera y más acabada versión pertenece a Marshall- la elección puede ser descrita aproximadamente como el resultado de dos variables estrechamente relacionadas entre sí, de una parte, una cierta escala ordinal y transitiva de preferencias y, por la otra, un conjunto de oportunidades o, si se prefiere, un determinado entorno de restricciones. Una elección racional equivale entonces a un acto que maximiza la preferencia más intensa, al menor costo, supuesto, claro está, un conjunto de oportunidades. Este esquema -que no sería difícil, como digo, encontrar incluso en autores como Aristóteles- configura, junto a ideas como la de la utilidad marginal, lo esencial del enfoque económico. Que el bienestar se alcanza de manera incremental, pero no ilimitada; que la utilidad de un acto es función de la escala de preferencias de quien lo ejecuta; y que no es posible comparar entre un sujeto y otro sus respectivas tasas de bienestar, son, dicho brevemente, algunas de las ideas, sencillas y fecundas, según veremos, que caracterizan al enfoque económico en su versión neoclásica. A partir de esas ideas -que conforman los enunciados teóricos de la economía- es posible derivar otras suficientemente conocidas -como la idea de externalidad o el problema del bienestar social- de las que se siguen algunos enunciados contrastables.

Ese conjunto de enunciados teóricos –y otros de mucha mayor complejidad; pero que pueden estimarse derivaciones de esas ideas básicas- puede dar orígen, en mi opinión, a cuatro posibilidades para el análisis económico de las instituciones. En primer lugar, puede dar orígen al análisis económico en sentido estricto. Este constituye un paradigma analítico que intenta eludicidar si las instituciones legales contribuyen, o no, al logro de la eficiencia (I). En segundo lugar, es posible emprender un análisis neoinstitucional. Este tipo de análisis se caracteriza por aplicar el modelo neoclásico al diseño y a la función que cumplen las instituciones (II). En tercer lugar, creo que es, todavía, posible hacer uso de la teoría económica para evaluar los acuerdos constitucionales. Este enfoque concibe a los acuerdos institucionales como un caso de elección social (es lo que ocurre en Arrow) o como un caso de elección pública (según la sugerencia de Buchanan) (III). En cuarto lugar, es aún posible examinar el proceso político concibiéndolo como un mercado (IV).

En ese orden procuraré presentarlas en lo que sigue. Comenzaré, como dije, presentando el análisis económico en un sentido estricto. Según ya adelanté, este tipo de análisis intenta examinar si las reglas inducen o no a un comportamiento eficiente.

I.-

Una de las ideas más obsesivas de la teoría legal, es la idea de responsabilidad. Se trata de una idea de apariencia sencilla, pero que oculta un conjunto de complejidades teóricas que, por el momento, podemos dejar de lado. En términos simples, un sujeto es responsable cuando una acción suya es causa de un cierto resultado. La palabra acción, en boca de un abogado, incluye la exigencia de voluntariedad y, por lo mismo, decir de alguien que es responsable quiere decir que su decisión fue, finalmente, causa de ese resultado. Se trata de una idea relativamente clara cuando se aplica a acciones en sentido estricto, es decir, a intervenciones positivas en el mundo; pero es una idea que se oscurece cuando se trata de omisiones. Un sujeto es responsable de una omisión, piensan los abogados, cuando se debió a negligencia, es decir, cuando el sujeto no hizo lo que debía hacer para evitar el resultado dañoso. ¿Cómo determinar, sin embargo, lo que el sujeto debía hacer?. Para responder esa pregunta -una pregunta clave en la esfera de la responsabilidad- el derecho utiliza un modelo típico ideal, por ejemplo, como lo hace el Código Civil chileno, el modelo del buen padre de familia. Actúa negligentemente quien no hace lo que habría hecho un "buen padre de familia". El conjunto de las decisiones judiciales en materia de responsabilidad por

negligencia puede ser examinado como un intento de ejemplificar ese concepto y se supone que esa masa de decisiones provee de información a las personas para saber qué deben hacer. El sencillo esquema neoclásico puede, sin embargo, proveer de un terreno más firme que las elucubraciones de los jueces para resolver ese problema. Un juez americano sostuvo -aplicando el modelo neoclásico- que actuaba negligentemente quien no adoptaba las medidas de precaución para evitar un resultado dañoso, si y sólo sí el costo de esas medidas estaban por debajo del costo del daño probable. Si, en cambio, el costo probable del accidente estaba por debajo del costo de la precaución, no había negligencia alguna: en una hipótesis como esa el sujeto actúo en base a un criterio de bienestar socialmente correcto. Es fácil observar que en el caso que acabo de citar el modelo del buen padre de familia quedó sustituído -con ventaja- por el actor del modelo neoclásico. A primera vista se trata de una decisión sorprendente y, hasta cierto punto, inhumana. Pero no se trata de una decisión distinta a la que adoptamos cotidianamente cuando decidimos seguir fumando porque estimamos que el costo de privarnos del tabaco excede los beneficios que obtendríamos por uno o dos años más de vida.

Desde luego, el problema posee una cierta complejidad si pensamos que el costo probable del accidente suele estar fijado por los propios jueces. Pero esto, de nuevo, permite iluminar la función económica que cumplen las decisiones judiciales.

Las decisiones judiciales cumplen, en efecto, la función de asignar valor a ciertos bienes -como la vida o la integridad corporal, por ejemplo- respecto de los cuales el sistema de mercado guarda silencio. Al asignar ese valor, introducen una cierta estructura de precios a un conjunto de acciones humanas, asignándoles así un costo alternativo que, de otra manera, sería vago y difuso. Pero este camino -el camino de asignar valor mediante los jueces a ciertos bienes- no es, claro está gratuíto, posee también costos y, por lo mismo, desde el punto de vista de la política pública es necesario preguntarse siempre si no existe un camino alternativo más barato -un camino que suponga menos despilfarro- para alcanzar ese mismo resultado. El sistema de seguros, por ejemplo, puede ser visto, dentro de ciertos límites como un camino más sencillo y barato para costear los daños de los accidentes. Mediante el seguro las personas distribuyen los costos probables de los litigios entre todos los ejecutores de una misma actividad. Sin embargo, aquí de nuevo nos asalta el modelo neoclásico, porque puede ocurrir que un sistema de seguros universal induzca a los actores a ser descuidados, porque sus acciones no tienen costos. El placer de manejar descuidadamente tiene, supuesto un sistema de seguros completo, un gigantesco margen de utilidad. Desde luego, el mercado podría ajustar ese valor, pero podría hacerlo en un tiempo demasiado largo -recuérdese la distinción de tiempos que hacía Marshall- y entonces algún sistema de prohibiciones debe, igualmente, ser establecido.

Una de las más famosas derivaciones del modelo neoclásico y que se ha mostrado extremadamente fecunda para el análisis legal, es el suficientemente conocido teorema de Coase. Coase sostuvo -siguiendo una idea que estaba ya en Smith- que el intercambio voluntario por parte de agentes encargados de su propio bienestar, es siempre beneficioso y que, por lo mismo, un mundo mejor sería aquel regido nada más que por intercambios voluntarios. En un mundo como ese, sostuvo Coase, la distribución inicial de los derechos de propiedad sería irrelevante, puesto que mediante el intercambio voluntario los recursos irían siempre a sus usos más valiosos evitándose el despilfarro e internalizándose los costos externos. Sin embargo, ello no ocurre porque, dijo Coase, los intercambios tienen costos (podemos denominarlos costos de transacción o de mercado). En un mundo con costos de transacción -en nuestro mundo- la asignación inicial de títulos de propiedad posee importancia y el conjunto de las reglas legales adquieren una importante función. Su papel más relevante es, dijo Coase, asignar derechos de propiedad claros y , al mismo tiempo, disminuir los costos de transacción estableciendo aquellas soluciones a que los sujetos habrían arribado si esos costos no existieran. El teorema de Coase arroja un resultado que puede ser expuesto intuitivamente como sigue: las reglas del derecho contractual deben prever, en la máxima medida posible, aquellas soluciones a que las partes habrían arribado si hubieran podido negociar un contrato perfecto, es decir, un contrato en el que para cada vicisitud hubiera una regla de solución previamente acordada.

Una de las aplicaciones más populares de ese teorema es posible encontrarla en el incumplimiento eficiente de contratos. La regla que obliga a cumplir los contratos -pacta sunt servanda- que se encuentra a la base del derecho de contratos, puede no ser eficiente en el sentido paretiano o en el sentido Kaldor-Hicks. Intuitivamente, una regla de derecho contractual es correcta si induce a la solución más eficiente -a aquella que concitaría la unanimidad de los actores o a aquella que un individuo prefiere estrictamente siendo los demás indiferentes a cualquiera de las alternativas en juego. También la eficiencia puede medirse, como sugiere Posner, como maximización de la riqueza, un criterio semejante al de Pareto pero que permite comparar utilidades. Intuitivamente, entonces: si al incumplir Pedro respecto de Diego, por una oferta de Juan, tiene acceso a un beneficio que permita compensar a Diego y así y todo acrecentar su bienestar, la regla del pacta sunt servanda es ineficiente. Sea "x" el cumplimiento e "y" el incumplimiento, no habría nadie que preferiría "x" a "y"; habría uno para quien "x" es tan buena como "y"; habría dos que preferirían "y" a "x". El bienestar social medido agregativamente -y en base a las preferencias reveladas- obligaría, en este caso, a abandonar la regla del pacta sunt servanda. Si se permitiera a las partes negociar –supuesto el criterio de bienestar Kaldor-Hicks- ellas permitirían el incumplimiento eficiente.

Coase afirmó, como vimos, que en presencia de un mercado sin costos, las partes siempre arribarían a la solución más eficiente, con prescindencia de la distribución inicial de titularidades (es decir, con prescindencia de a quien se asignara la facultad de ejecutar una cierta acción). Desde el punto de vista de Coase, lo que importa es que exista alguna asignación de titularidades a partir de las cuales las partes puedan negociar, desplazando, así, los recursos a sus usos más eficientes. Nuestro mundo, sin embargo, no es el mundo coseano. En nuestro mundo el mercado posee costos y, por lo mismo, la asignación previa de titularidades y su distribución incide centralmente en las tasas de bienestar esperado. Esta constatación –cuya sencillez la asemeja casi a una banalidad- ha permitido al teorema de Coase revelar algunos importantes aspectos de nuestras instituciones legales.

Por lo pronto, Calabressi sugirió que el principal problema de elección pública -la distribución de titularidades- no podía fundarse en la eficiencia. Como es obvio, la eficiencia en el sentido de Pareto es compatible con cualesquier distribución de titularidades y una sociedad puede ser eficiente, como ha mostrado Sen, con algunos en la más grande de las miserias y otros en el más grande los lujos. Los romanos no habrían podido detener el incendio de Roma con arreglo al criterio de Pareto (la mejora de la mayoría al apagar el incendio perjudicaba la tasa de bienestar de Nerón). De ahí, entonces, ha derivado Calabressi la necesidad de considerar otros criterios para la asignación de titularidades, como, por ejemplo, la consideración de bienes primarios (que supone retomar la condición de agencia de las personas) o la consideración de otros aspectos de justicia. Una vez que las titularidades se asignan –en base a algún criterio, como los de Calabressi o Nozick- es necesario decidir si esas titularidades se protegen por alguna regla de propiedad, de responsabilidad o se las transforma en inalienables. Desde luego, decidir qué tipo de protección se asigna a la titularidad –piensa Calabressi- es una cuestión que se relaciona con los costos de transacción asociados a algunas de esas soluciones o con las valoraciones divergentes que hace el estado y los individuos respecto de ciertos bienes.

II.-

El análisis económico del tipo que he examinado, conduce al segundo tipo de reflexiones que, en mi opinión, configuran a las relaciones entre el derecho y la economía. Me refiero al enfoque neo-institucional. El análisis institucional no es nuevo en economía y, por el contrario, aparece como una rápida reacción al modelo marginalista de Marshall. En este modelo, como ustedes saben, las preferencias juegan un papel muy relevante. Pues bien. Justamente ese es el punto de ataque del viejo institucionalismo contra el esquema neoclásico que permitió establecer algunas relaciones, que todavía subsisten, entre disciplinas como la economía y la antropología, por ejemplo. El nuevo institucionalismo, sin embargo, está alejado de los ataques de Verblen a Marshall y su peculiaridad consiste, a mi juicio, más bien, en utilizar el modelo marginalista para estudiar las instituciones y ver de qué manera ellas influyen en el crecimiento.

Los estudios de historia económica de Douglas North se inspiran en ese importante programa. Desde mi punto de vista, la relevancia de North en el pensamiento económico radica en la elocuencia con que ha puesto de manifiesto la importancia de las instituciones para el crecimiento y el desempeño económico. Tradicionalmente, el crecimiento económico ha sido visto como un proceso convergente que es resultado de la innovación tecnológica –los estudios de historia económica sitúan a la revolución industrial como el proceso clave-; sin embargo, dice North, se ha olvidado el hecho sencillo de que la innovación *es* el crecimiento, ocultando así la pregunta fundamental: ¿porqué algunas sociedades se han mostrado más innovadoras que otras?. La respuesta, dice North, se encuentra en las instituciones, particularmente, en la institución del derecho de propiedad puesto que es este derecho el que permite igualar los costos privados y sociales de las acciones humanas. La propiedad –que los abogados suelen ver como un derecho de un marcado tinte moral- es vista por North como una institución, es decir, como una regla de interacción que al establecer la exclusividad sobre ciertas acciones, permite internalizar costos y beneficios de las actividades favoreciendo, de esa manera, que las personas arriesguen recursos propios en pos de objetivos sociales. North mostró cómo, por ejemplo, la política de manejo de la tierra que se implantó en España a inicios de la edad moderna, impidió el crecimiento. Cuando aumentó la población y la tierra se hizo más escasa, aumentó el beneficio social derivado del uso de técnicas más eficaces en la agricultura; pero no el beneficio privado, porque la Corona mantuvo un derecho consuetudinario de los ganaderos a trasladar sus rebaños por toda España. La contingencia de que la cosecha se destruyera por la falta de una titularidad exclusiva sobre la tierra, incidió en la baja productividad que, en ese período, pudo exhibir España (desde luego, los dueños de tierra podían sobornar a los pastores y evitar así el daño a sus tierras; pero éste es un caso de free rider en el que no era posible obligar a todos los implicados a hacerse cargo de los costos de transacción). El ejemplo de la propiedad, ha de agregarse a otros que muestran la estrecha interrelación entre las instituciones legales y el crecimiento: hay instituciones que permiten economías de escala (derecho de sociedades); estimular la innovación (patentes); mejorar la eficacia de los factores de mercado (letra de cambio); o reducir las imperfecciones del mercado (seguros).

Los análisis de North son, claro está, análisis institucionales y en su trabajo es posible, todavía, encontrar algunos de los puntos de vista del viejo institucionalismo; lo que lo hace peculiar, sin embargo, es su exámen de las instituciones sin abandonar las ideas centrales del modelo neoclásico.

Pero es hora que avancemos al enfoque económico del proceso político.

III.-

El enfoque económico del proceso político posee varias dimensiones que resultaría útil diferenciar. Como ha sugerido Buchanan, ese enfoque puede ser aplicado a las decisiones constitucionales –es decir, al diseño de las instituciones sociales básicas- y, al mismo tiempo, al proceso de adopción de decisiones que se realiza bajo unas reglas constitucionales previamente acordadas. El enfoque resulta en ambos casos fructífero; pero su sofisticación es mayor cuando se aplica al problema constitucional.

Desde el punto de vista económico, el problema constitucional –es decir, el problema de establecer cómo deben ser las instituciones sociales básicas- constituye un caso de elección colectiva, es decir, un caso en que es necesario adoptar decisiones cuyos efectos y cuya obligatoriedad afectará a un grupo de sujetos y no sólo a aquel que adopta la decisión. El enfoque económico aplicado a los problemas constitucionales, al menos en la versión de Buchanan, conduce a concluir que la regla de decisión para el diseño de las instituciones sociales básicas debe ser una regla de unanimidad y no en cambio –como en su mayor parte lo sostiene la teoría democrática- una regla de mayoría. Para quienes estén familiarizados con los diversos aspectos de la moderna economía del bienestar, los resultados a que arriba Buchanan resultan no ser, en modo alguno, sorpresivos. Como ustedes saben, la economía neoclásica –digamos, el marginalismo de Marshall- supuso que la elección era resultado de una escala de preferencias al interior de un entorno de restricciones. Una condición de la elección es la previa existencia de una escala ordinal de preferencias que el sujeto –por motivos que escapan a la economía, al menos en su versión

neoclásica- ha forjado para sí. Los intercambios voluntarios y el conjunto de las decisiones individuales, tienen por objeto maximizar esa escala de preferencias. El problema surge, sin embargo, cuando se trata de adoptar decisiones colectivas, puesto que en este caso la escala de preferencias debe construírse desde las preferencias individuales –una definición básica del sistema es que sólo los individuos prefieren. Ahora bien, si sólo los individuos prefieren y si, además, las utilidades de varios individuos son inconmensurables entre sí, entonces una decisión colectiva está justificada si y sólo sí concita la unanimidad de los sujetos a quienes afecta, cuestión que ocurre si la medida en cuestión beneficia a un sujeto sin desmejorar a ninguno, es decir, cuando se cumple la condición que x sea preferido a y si al menos un sujeto prefiere x en tanto el resto permanece indiferente.

Juzgado como un caso de decisión colectiva, el arreglo o consenso constitucional exige, como se ve, la unanimidad, de otra manera habría que transgredir algunas de las condiciones básicas supuestas por el moderno proceso político liberal, igualdad de las partes en la búsqueda del bienestar y ausencia de coacción.

A primera vista, la condición de unanimidad trasladada al consenso constitucional resulta absurda e imposible de cumplir. Esa imposibilidad es, sin embargo, sólo aparente y reposa sobre una mala comprensión acerca de la índole del proceso político. Mientras nos parece natural que el intercambio voluntario en mercados explícitos sea mutuamente beneficioso, es decir, mientras no provoca reproche alguno pensar al intercambio en mercados explícitos como un juego de suma no nula -un juego, por tanto, donde la tasa de bienestar no es constante, sino que crece- ello nos parece absurdo cuando se trata del proceso político. Pensamos el proceso político como una interacción en la que existen intereses opuestos y hasta cierto punto irreconciliables entre sí y una tasa de bienestar constante. Se trata, obviamente, piensa Buchanan, de un error: en el intercambio estrictamente económico existen también intereses opuestos y el intercambio es, de todas maneras, mutuamente beneficioso, porque lo que le confiere este último carácter es la índole individual de las preferencias. Por eso la comprensión económica del proceso político sólo no resulta admisible para quienes –como una amplia parte de la escolástica, por ejemplo- han pensado que el proceso político persigue bienes distintos a aquellos que cada sujeto pueda discernir para sí. Buchanan ha sugerido que si bien existen ocasiones en que la interacción política es, en efecto, de suma cero -en ellas una parte se impone a expensas de la otra- ello sólo ocurre al interior de una práctica constitucional previamente establecida en base a la unanimidad o, en otras palabras, supuesto un acuerdo constitucional unánime las partes pueden elegir reglas inferiores a la unanimidad para la decisión de aspectos operativos.

Las afirmaciones de Buchanan no son una excentricidad y haríamos mal en ver en ellas las consecuencias extremas de una mente brillante. Por el contrario, la regla de unanimidad en los acuerdos constitucionales parece ser la regla generalmente aceptada por una amplia literatura en materia política y moral y muestra, hasta qué punto, el enfoque económico puede arrojar luz hasta zonas en las que, prima facie, una incursión de los economistas parecía una herejía. Desde luego, la famosa teoría de la justicia de Rawls supone, también, una regla de unanimidad y, al igual que Buchanan, permite entender porqué esa regla de unanimidad constitucional puede coexistir en el proceso político con reglas inferiores. Rawls, como ustedes sin duda saben, sugiere que en condiciones de imparcialidad, personas autointeresadas alcanzarían un acuerdo unánime que incluiría la igual ciudadanía de todos, por una parte, y una regla de distribución que favorece a los menos aventajados, por la otra. Alcanzado ese acuerdo constitucional o básico, la sociedad funcionaría en base a reglas inferiores a la de unanimidad. Esto último se debería, piensa Rawls, a que en ocasiones el juego político es de suma cero y a que, a veces, las partes, regidas por una regla de mayoría, pueden alcanzar acuerdos como ocurre en un juego de toma y daca (en el que una de ellas ve favorecida sus preferencias en una interacción, a cambio de apoyo en la próxima). Esto último ocurriría especialmente en las sociedades modernas donde, piensa Rawls, existe un consenso superpuesto y donde, por lo mismo, las partes suelen coincidir parcialmente en sus preferencias.

Es obvio –y no debiéramos insistir en ello- que las precedentes ideas no intentan ser aserciones acerca del mundo político real (es seguro que las instituciones no han sido diseñadas bajo la regla de unanimidad) sino que constituye enunciados normativos acerca de cómo debería ser el proceso político o constitucional si fuera resultado de un acuerdo contractual que recogiera y reflejara, en la máxima medida posible, todas las preferencias concurrentes. Este conjunto de enunciados normativos sirve, además, para juzgar el proceso político real y para, dentro de ciertos límites, ayudar a corregirlo (las desviaciones respecto del modelo permiten identificar los aspectos del proceso político que permiten mejora).

Como hemos visto, la moderna economía del bienestar y la imposibilidad de comparar utilidades interpersonales, conduce a postular arreglos constitucionales unánimes y a preferir reglas inferiores a la de unanimidad –como la regla de mayoría- sólo para situaciones de carácter operativo, es decir, situaciones para casos que caen bajo la regla constitucional. Con todo, hay quienes discuten que la regla de mayoría pueda ser una regla útil como criterio de elección social. El más famoso reproche a esta regla proviene de Arrow. Arrow sostuvo que un sistema útil de preferencias debía ser, entre otras cosas, transitivo y que la regla de mayoría no aseguraba esa transitividad. Este reproche –conocido como el teorema de la imposibilidad y que aquí he descrito de manera puramente intuitiva- permite comprender porqué la mera agregación de preferencias no constituye un criterio suficiente de elección (desde luego, no contabiliza la intensidad de las preferencias; no distingue entre preferencias externas e internas, con lo que favorece el daño mediante el voto; y, en fin, no distingue entre la aplicación de la regla para decidir y la aplicación de la regla para bloquear decisiones, distinción ésta sobre la cual ha llamado la atención Buchanan).

IV.-

Con todo lo atractivo que posee, el análisis económico de procesos constitucionales no es, sin embargo, la parte más popular del enfoque económico aplicado a procesos políticos. Sin duda la parte más popular –por su cercanía con reflexiones puramente intuitivas- la constituye el análisis del proceso político como un mercado. Tradicionalmente –y conforme a una visión que hace pie en el pensamiento griego- la política ha sido vista como un proceso radicalmente distinto al económico hasta el extremo que, tal cual ocurre en el mundo griego, la política llega a subordinar a la economía. Para Aristóteles, por ejemplo, la política suponía la superación de la necesidad y un estado de gratuidad –de libertad- que sólo podía poseer un griego que tuviera casa (oikos) o sea, un griego para el cual la escasez no tuviera sentido. La política equivale entonces al mundo de la deliberación y ni siquiera a una deliberación enderezada a administrar mejor bienes escasos (para un griego la expresión política económica es un absurdo). En el mundo medieval, y a partir de una analogía entre polis y familia, la autoridad es concebida teleológicamente como orientada al bien común. La autoridad es capaz de discernir bienes sociales intrínsecamente distintos a los bienes que los individuos persiguen y de ahí entonces que el discernimiento político es radicalmente distinto al económico tal cual lo concebimos hoy. Para la política así concebida, las utilidades no son puramente individuales y la comunidad posee un status ontológico que le confiere realidad. Esa visión de lo político –que tuvo sentido cultural en el realismo medieval y en la polis griega- es rechazada con agudeza por el enfoque económico para el cual los actores políticos poseen una racionalidad que no se distingue en nada a aquella que suponemos subyacente en mercados explícitos. La inversión aquí es absoluta: si la visión tradicional de lo político aspiraba a subordinar a la economía, las revelaciones del analista económico del proceso político muestran a los actores del sistema político como buscadores de rentas que aspiran, en un proceso poco competitivo, a maximizar su propio bienestar. Esta visión del proceso político –de una intensidad descriptiva que resulta seductora- posee, claro está, funciones normativas: si la política es un negocio, funcionará mejor si se organiza como un mercado competitivo que se asemeje al modelo neoclásico.

Deseo llamar la atención acerca del giro conceptual, casi paradigmático, que todo esto supone: en las visiones más clásicas, lo político subordina definitivamente a lo económico y, todavía, cuando hablamos de política económica, es posible encontrar resabios de esa pretendida subordinación. A la luz de un enfoque económico como el que acabo de dibujar, sin embargo, el mercado y el espacio de lo político son, nada más medios equivalentes, cada uno provisto de sus fallas, y decidir en qué caso usar uno, o en qué caso el otro, es un problema de costos alternativos.

Un buen ejemplo –que ilumina, creo yo, como en un resúmen, la totalidad de estos aspectos- se plantea respecto a la justicia. El servicio de justicia (definido operacionalmente como la resolución de conflictos) es visto tradicionalmente como un bien público y, por eso, entre otras razones, como un servicio que se financia con cargo a rentas generales. Parece claro, sin embargo, que si aplicamos un enfoque económico, se trata de un bien respecto del cual existe divergencia entre los costos sociales y privados. Es posible pensar que como el litigante no internaliza todos los costos, tenderá a demandar por sobre lo que sería socialmente óptimo (aquel nivel en que la información produce un efecto de prevención general) produciendo, así, una pérdida de bienestar; pero, por otra parte, y como la litigación produce beneficios sociales (información contenida en los precedentes) una internalización total de los costos inhibiría la litigación que es socialmente necesaria. Igualar esos costos parece, entonces, fundamental para que el litigio resulte socialmente beneficioso. Sin embargo, como el sistema de justicia aplica reglas promovidas por el mercado político, puede ocurrir que las fallas de este proceso provoquen una obsolescencia legislativa que impidan la creación de precedentes que es la única razón por la cual litigar es socialmente beneficioso. En fin, incluso un mercado político sin fallas puede convivir sin precedentes porque puede ocurrir que los jueces –concebidos como buscadores de rentas- aumenten deliberadamente la contingencia de su decisión para así poder obtener pagos por ella. Todo ello ocurre si la justicia se organiza bajo la forma de un servicio estatal financiado con cargo a rentas generales. ¿Pero qué ocurriría si se promueve una justicia, digamos, sin Estado, un mercado de la justicia competitivo, donde todos sus costos se internalicen en los litigantes?. En un sistema así, la litigación podría alcanzar niveles más óptimos y los jueces tendrían incentivos para crear precedentes (en un sistema con precedentes, los jueces hacen menos esfuerzos) y las partes más pobres no subsidiarían, como ocurre en un sistema financiado con cargo a las rentas generales, a las más ricas. Un sistema cómo ese, existió desde luego antes del Estado Moderno y sería útil emprender una investigación acerca de porqué triunfó un sistema centralizado (North, desgraciadamente no indaga en este aspecto, suponiendo, sin más, que la justicia es un bien público).

Lo que muestra, sin embargo, el precedente ejemplo, es que cuando aplicamos el enfoque económico las cosas se nos revelan interrelacionadas unas con otras, haciéndonos patente lo que Arrow denominó el "equlibrio general". Una idea que sugiere algo así como que un aleteo de mariposa en Tokio podría causar un Huracán en algún país centroamericano.

Una mirada al artículo

IÑIGO DE LA MAZA G.

Abogado, Profesor curso Análisis Económico de las principales Instituciones del Derecho Civil, Ayudante del Departamento de Economía y Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

ALVARO JANA L.

Abogado, Profesor curso Análisis Económico de las principales Instituciones del Derecho Civil, Ayudante del Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

El trabajo que a continuación se presenta tiene por objeto examinar la protección que asigna el legislador a los contratantes respecto de los derechos incorporados en sus respectivos patrimonios a través de la celebración de un contrato cuando éste recae sobre la transferencia de dominio de un bien no fungible. Nos ha parecido éste, un tema especialmente sugerente por dos razones, en primer lugar porque la situación de los bienes no fungibles permite sostener que la opción contemplada en el artículo 1489 ha sido protegida por una regla que, en definitiva, nos permitiría sostener que la elección de cumplir la prestación o pagar en cambio una indemnización se encuentra entregada al deudor y no al acreedor como prescribe el precepto y, en segundo lugar, porque la regla utilizada para proteger la titularidad del acreedor sobre la opción produce pérdidas de eficiencia en las negociaciones. En lo que sigue entonces, intentaremos determinar qué especie de regla protege la titularidad del acreedor sobre la opción que le reconoce el artículo 1489 y, constatado lo anterior, evaluar sus consecuencias en términos de eficiencia.

Para revisar el problema recién expuesto, nos serviremos del ensayo de Guido Calabresi y Douglas Melamed "Un vistazo a la Catedral".[1] En este artículo, los autores conciben al ordenamiento jurídico como un sistema de títulos o derechos protegidos por reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad.

La regla será de **propiedad** toda vez que la remoción de la titularidad pueda realizarse únicamente a través de una transacción voluntaria; de **responsabilidad** cuando, no existiendo razones morales para prohibir la transacción voluntaria, la existencia de costos de transacción elevados determina que el precio de ésta sea fijado por un tercero. El precio en este caso tiene la naturaleza de una compensación. Como señalan Calabresi y Melamed una titularidad está protegida por reglas de responsabilidad "Cuando alguien puede violar un derecho inicial en caso de estar dispuesto a pagar por ella un valor objetivamente determinado".[2]); y de **inalienabilidad,** toda vez que el ordenamiento jurídico prohibe la transferencia voluntaria de la titularidad.

Nos interesa por lo pronto determinar a cuál de estas tres especies pertenece la regla que protege la titularidad del acreedor en el caso de incumplimiento de un contrato de compraventa cuando éste recae sobre un bien no fungible y lo debido es la entrega de la especie o cuerpo cierto. Para hacernos cargo de este problema, supondremos que Pedro compra a Juan una escultura de jade. Pedro paga el precio en el acto, quedando pendiente la obligación de Pedro hasta el momento en que llegue la obra a Santiago. Pendiente la obligación de Juan, éste transfiere la escultura a José, entregándoselas el día de su arribo a Santiago.

La distinción utilizada por Calabresi y Melamed, nos parece, diferencia a las reglas de protección según la posibilidad y características de la transferencia de la titularidad que protegen. La titularidad sobre el derecho de opción, como parece evidente, no está protegida por una regla de inalienabilidad, esta especie de reglas protege la titularidad sacándola del comercio humano, en el caso que nos ocupa, no existe ningún impedimento legal para que, incumplido el contrato, el acreedor renuncie a las acciones derivadas del incumplimiento recibiendo como contraprestación una suma de dinero. Aclarado lo anterior, resta examinar si la titularidad queda protegida por una regla de

Nº 1.489

propiedad o de responsabilidad. A fin de abordar este cometido, distinguiremos si las partes han imputado el riesgo del incumplimiento en el contrato o si, en cambio, es un tercero quien lo determina. Como sabemos, las normas de derecho civil que regulan la contratación privada son, en su mayoría, supletorias de la voluntad de las partes; el contenido esencial del contrato de compraventa se agota en el cumplimiento de los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos y de aquellos requisitos específicos de la figura contractual –en este caso, cosa y precio-, sobre esta base, las partes negociarán libremente aquellos aspectos que excedan de los indicados. Los contratantes entonces pueden convenir que de no cumplirse el contrato por parte del vendedor, éste se resolverá, sin permitir a la parte incumplidora enervar la acción resolutoria a través del pago de la prestación[3], avaluando previamente los perjuicios del incumpliento a través de una cláusula penal. A través de esta cláusula, entenderemos que el comprador renuncia a su derecho a exigir el cumplimiento y en cambio conviene una suma de dinero, pagadera en caso de incumplimiento. En términos económicos la situación recién descrita corresponde a una transacción voluntaria en donde las partes convienen transferir su titularidad sobre el derecho a exigir el cumplimiento recibiendo en cambio un precio fijado de mutuo acuerdo. Recapitulando, diremos entonces que si el contrato no registra vacíos en la descripción de los riesgos de incumplimiento la titularidad queda protegida a través de una norma de propiedad, toda vez que la remoción de la titularidad se efectuará únicamente a través del pago de un precio convenido ex ante por los contratantes.

Revisemos ahora qué sucede si las partes no han distribuido contractualmente los riesgos de incumplimiento. En este caso, y según lo dispuesto en los artículos 1.444 y 1.489, nace un derecho opcional para el contratante diligente de exigir el cumplimiento o la resolución del contrato. Advertiremos que, en principio, si el derecho de opción es asignado al contratante diligente, la titularidad se encuentra protegida por una regla de propiedad, si la opción de cumplir o no, pertenece en cambio al deudor y su incumplimiento puede, a voluntad de este último, resolverse en el pago de una indemnización de perjuicios, la titularidad del contratante diligente estará protegida por una regla de responsabilidad.

Aún cuando de la lectura del precepto contenido en el artículo 1489 parece desprenderse inequívocamente que la opción es del contratante diligente, el análisis de la normativa civil y procedimental pareciera indicar lo contrario. El caso que nos ocupa es el de un contratante que, habiendo pagado el precio, es acreedor de una contraprestación que consiste en la tradición del dominio de un bien no fungible. Para que la titularidad esté protegida por una regla de propiedad es necesario que la opción de exigir el cumplimiento pertenezca al contratante diligente. Si el contratante diligente utiliza esta opción y solicita judicialmente el cumplimiento, el deudor de la prestación podría excepcionarse utilizando para estos efectos el artículo 1817, en este caso, según prescribe el precepto, será **preferido** aquel comprador que haya entrado primero en posesión del bien. (En nuestro caso, hemos supuesto que el segundo comprador ha sido el primero que ha entrado en posesión del bien). En este caso, nos parece, el tribunal, no tendría otra opción que dejar sin efecto el contrato y otorgar al contratante diligente una indemnización de perjuicios. En otras palabras la titularidad del contratante diligente sobre su derecho de opción podría ser transferida, sin mediar su voluntad, a través del pago de un precio (aquella cantidad determinada por concepto de indemnización) fijado ex post por el tribunal. De aceptar el razonamiento anterior, se nos otorgará que, si los riesgos no son imputados por las partes en el contrato, el legislador protege supletoriamente la titularidad a través de una regla de responsabilidad.

Según se anunciara más arriba, corresponde ahora hacernos cargo de las consecuencias que entraña proteger la titularidad sobre el derecho a exigir el cumplimiento del contrato descrito, a través de una norma de responsabilidad. Cabe advertir que el análisis de las consecuencias será realizado desde una perspectiva eficientista, utilizando, según lo indicado, la eficiencia en la localización de los recursos como parámetro de confrontación[4].

Una asignación de recursos es eficiente toda vez que, los recursos se encuentran localizados de tal modo que no es posible mejorar a una persona sin perjudicar por lo menos a otra. Toda vez que podamos reasignar recursos beneficiando a una persona sin perjudicar a ninguna otra, estaremos ganando eficiencia. Las transacciones, según postulan los economistas, aumentan el valor de la producción –y, por lo tanto, el bienestar social, concebido este último como la sumatoria de los bienestares individuales[5]- toda vez que desplazan recursos hacia quienes les asignan mayor valor.[6]

En este sentido, uno de los objetivos del derecho de contratos es estimular únicamente el cumplimiento

de aquellas transacciones que localizan los recursos en el patrimonio de quien esté dispuesto a pagar más por ellos, siempre y cuando esta localización no perjudique a otro en los términos que a continuación se explicitarán. Si A vende un cuadro a B, quien paga por él $1.500.000 y luego entrega el cuadro a C, quien paga por él $2.000.000 ¿Debería el ordenamiento jurídico obligar a B a cumplir con el contrato suscrito con A? El análisis económico, utilizando el criterio de eficiencia de Pareto[7], señala que el ordenamiento jurídico sólo debería obligar a B a cumplir el contrato si, incumplido el contrato, no es posible situar a A en una situación equivalente a la que se encontraría de haberse cumplido el contrato. Esto es lo que Cooter y Ulen denominan el " pago perfecto de daños de espectativa"[8]. Si suponemos que A esperaba obtener un beneficio $150.000 por el cuadro (es decir, consideraba que el cuadro valía para él $1.650.000) B puede devolverle el precio más los daños de espectativa, manteniendo aún una ganancia neta de $350.000, a lo cual debe sumarse la ganancia obtenida por C. (C, si actuaba como un sujeto racional, compró el cuadro por $2.000.000 toda vez que consideraba que el cuadro valía más de esa suma, en caso contrario, hubiera mantenido la suma en su poder). Desde una perspectiva eficientista, a través de esta transacción hemos mejorado a dos personas sin perjudicar a ninguna. En este sentido, pareciera ser que la solución adoptada por nuestro legislador cumple, al menos, con cometidos de eficiencia. Sin embargo, como suele suceder cada vez que se intenta demostrar algo, el ejemplo es algo antojadizo y se encuentra construido a escala de la tesis que se intenta demostrar. La práctica entraña inevitablemente complejidades que incorporan matices relevantes a nuestra afirmación. Hemos afirmado que la eficiencia de la asignación en el caso tratado depende –utilizando el criterio paretiano- de dos factores -ambos absolutamente irreductibles en el planteamiento de Pareto-, por una parte, el aumento de bienestar para alguna de las partes y, de otra, la no-pérdida de bienestar para la parte que sufre el incumplimiento. El segundo objetivo supone que el tribunal –quien determina el precio de la transacción- tenga información suficiente para determinar el valor que asigna a su expectativa el acreedor de la prestación, lo contrario, supondrá inexorablemente sobre o subcompensaciones de ésta, las cuales redundarán en pérdidas de bienestar a través de localizaciones ineficientes. El problema cobra especial vigencia en el caso de los bienes no fungibles, en este caso, la reparación únicamente puede realizarse a través de un equivalente, en nuestro caso, dinero. El cumplimiento por equivalencia, particularmente cuando la equivalencia es realizada en forma heterónoma a la negociación aumenta la posibilidad de error en la ponderación de la espectativa. El problema descrito posee especial relevancia en el caso de los "bienes únicos", entenderemos por bienes únicos aquellos respecto de los cuales no existe un mercado a ser utilizado para determinar su equivalencia en dinero.[9]

La regla de responsabilidad que protege la titularidad sobre el derecho a exigir el cumplimiento del contrato es deseable en términos de eficiencia solamente si existe, por una parte, una regla que permita al acreedor diligente obtener la completa satisfacción de sus espectativas y, por otra, normas procesales que permitan realizar el derecho. No presentándose estas condiciones, resulta en cambio preferible proteger la titularidad por una regla de propiedad.

Intentemos responder porque resulta deseable en términos de eficiencia y no cumpliéndose las condiciones consignadas, proteger la titularidad a través de una regla de propiedad. Hemos advertido que los sujetos, actuando racionalmente, contratarán únicamente si la contraprestación les resulta más valiosa que lo que cederán a cambio; este tipo de transferencias son deseables económicamente toda vez que aumentan el bienestar de ambos sujetos. Si incumpliendo el contrato conseguimos relocalizar los recursos en forma más eficiente (en términos paretianos, conseguimos mejorar a una persona sin perjudicar en cambio a ninguna otra), el sistema jurídico no debe trabar el incumplimiento. Ahora bien, la pregunta es cómo determina el juez la espectativa del contratante que no obtuvo su prestación.

Hemos afirmado –nada más que para recapitular- que el incumplimiento es eficiente toda vez que se produce un pago perfecto de las expectativas (es decir de lo que el acreedor pretendía obtener celebrando el contrato) del contratante respecto de quien se incumplió la prestación. Frente a este problema, la regla de responsabilidad, supone que un tercero determine en forma heterónoma a la negociación el perjuicio sufrido. Si ese tercero es capaz de determinar la expectativa, ésta es pagada al contratante diligente y, aún después de pagar el daño de expectativa, existe un excedente por sobre el precio de la primera transacción para el deudor de la prestación, será deseable que ese contrato se incumpla.

Para determinar el daño de expectativa, el tribunal precisa acceder a información que le permita determinar el monto de la indemnización para que ésta sea plenamente compensatoria. La tentación inmediata consiste en sugerir que el acreedor perjudicado, en el curso del proceso judicial, entregará esa información, sin embargo, como se advierte, esto supone para el contratante diligente una carga accesoria, a saber, los costos de incoar y desarrollar el proceso, supone además que el contratante diligente debe **acreditar** sus expectativas. Frente a lo anterior, registremos nada más tres problemas. (1) Si suponemos que el contratante diligente es capaz de acreditar la totalidad de sus perjuicios y el tribunal reconoce su derecho a hacer exigible la reparación del daño en el patrimonio del deudor, aún queda pendiente el costo del proceso. Es suficientemente sabido que las costas personales suelen situarse muy por debajo de los honorarios profesionales fijados por el mercado. Al problema de subvaluación de los costos por abogados, deben sumarse el costo de oportunidad de llevar adelante un procedimiento ordinario(es decir las oportunidades a que renuncia el acreedor utilizando su tiempo en el proceso) y los costos de transacción[10] involucrados en la contratación del abogado. (2) Existen casos en que los perjuicios por expectativa serán difícilmente acreditables, o bien, su acreditación, supondrá un costo que la parte no está dispuesta a asumir, en este caso, la indemnización no satisfará las expectativas de beneficios que suponía para el acreedor el cumplimiento del contrato. (3) Aún si los perjuicios se pueden acreditar, existen algunos daños que han tenido un reconocimiento jurisprudencial insuficiente por nuestros tribunales, es el caso de los daños morales. Aún cuando se trata de un tema rico en matices y controversias, parece más claro que

la estimación de los mismos logrará mayor proximidad a la reparación si la realiza la parte afectada que si la hace un tercero.

Pues bien –y a manera de conclusión-, una de las múltiples maneras de evaluar un ordenamiento jurídico es intentando determinar su eficiencia en el cumplimiento de los principios desde los cuales se construye, si aceptamos que los contratos deben ser cumplidos, la normativa tutelará el cumplimiento en la medida que sólo se incumplan los contratos cuando aquel contratante que tenía derecho a exigir el cumplimiento consienta o, en caso de no haberlo convenido contractualmente, hubiera consentido en aceptar el cumplimiento por un cierto precio. En el primer caso, sólo se incumplirá si el contratante diligente lo autoriza y, actuando racionalmente, lo autorizará sólo si el deudor le comprá su derecho por un precio equivalente a sus expectativas. En el segundo caso, no mediando transacción voluntaria sobre el derecho, sólo podrá incumplir si compensa efectivamente, a través de un precio fijado por un tercero, las expectativas de la contraparte. En este caso, el legislador intenta recostruir la voluntad presunta del acreedor, estimando que sólo hubiera consentido en el incumplimiento a cambio de una suma de dinero que lo sitúe en la misma posición que el cumplimiento perfecto de la obligación. La regla de reponsabilidad entonces será eficiente únicamente en la medida que garantice la adecuada compensación, en caso contrario, será preferible optar por una regla de propiedad. Nuestro Derecho, como hemos advertido, en el caso de la compraventa de bienes no fungibles, protege la titularidad a través de una norma de responsabilidad, esta regla, según hemos intentado demostrar, entraña riesgos graves de subvaluación del daño expectativa respecto del comprador, estimulando incumplimientos ineficientes.

---

[1] *Calabresi, Guido y Melamed, Douglas. Un vistazo a la Catedral. Reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad.*

[2] *Ibidem. P. 65*

[3] *Si bien el tenor del artículo 1879 parece indicar que, aún estipulando que el contrato se resuelva ipso facto, el deudor siempre conservará la posibilidad de pagar el precio dentro de las 24 horas siguientes a la notificación judicial de la demanda, nos parece que la solución del precepto no se aplicaría a la situación del vendedor (que es el caso que nos ocupa) por tratarse de una excepción al principio de la autonomía de la voluntad, y las excepciones, como es sabido, se aplican en forma estricta.*

[4] *Por un problema de espacio debemos prescindir de la descripción de los problemas que suscitan en.la tensión entre objetivos de eficiencia y el respeto al principio de la autonomía de la voluntad, para quienes deseen profundizar en la discusión pueden revisarla en La obligación contractual. El contrato como promesa. (Fried. Charles. La obligación contractual. El contrato como promesa. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1996)*

[5] *Existe respecto de la sumatoria un problema que nada más enunciaremos. Si las preferencias son inconmensurables de un sujeto a otro, la única manera de contabilizarlas es reduciéndolas a un mínimo común denominador, en este caso, la intensidad de una preferencia quedará determinada por el precio que esté dispuesto a pagar el sujeto por un bien. En este sentido, respecto de los bienes que tienen un valor de mercado fácilmente determinable sería preferible una regla de responsabilidad, pues el valor de mercado consituiría el valor que le atribuye el sujeto y correspondería por lo tanto al monto indemnizable. En nuestra opinión, el valor de mercado no representa la expectativa de ganancia que tiene un sujeto al adquirir un bien. Nos parece descriptivamente correcto afirmar que cada vez que una persona está dispuesta a pagar una cantidad de dinero por un bien es porque para ella el bien tiene un valor superior (representa una ventaja que avalúa en una cantidad superior) al precio que efectivamente paga.*

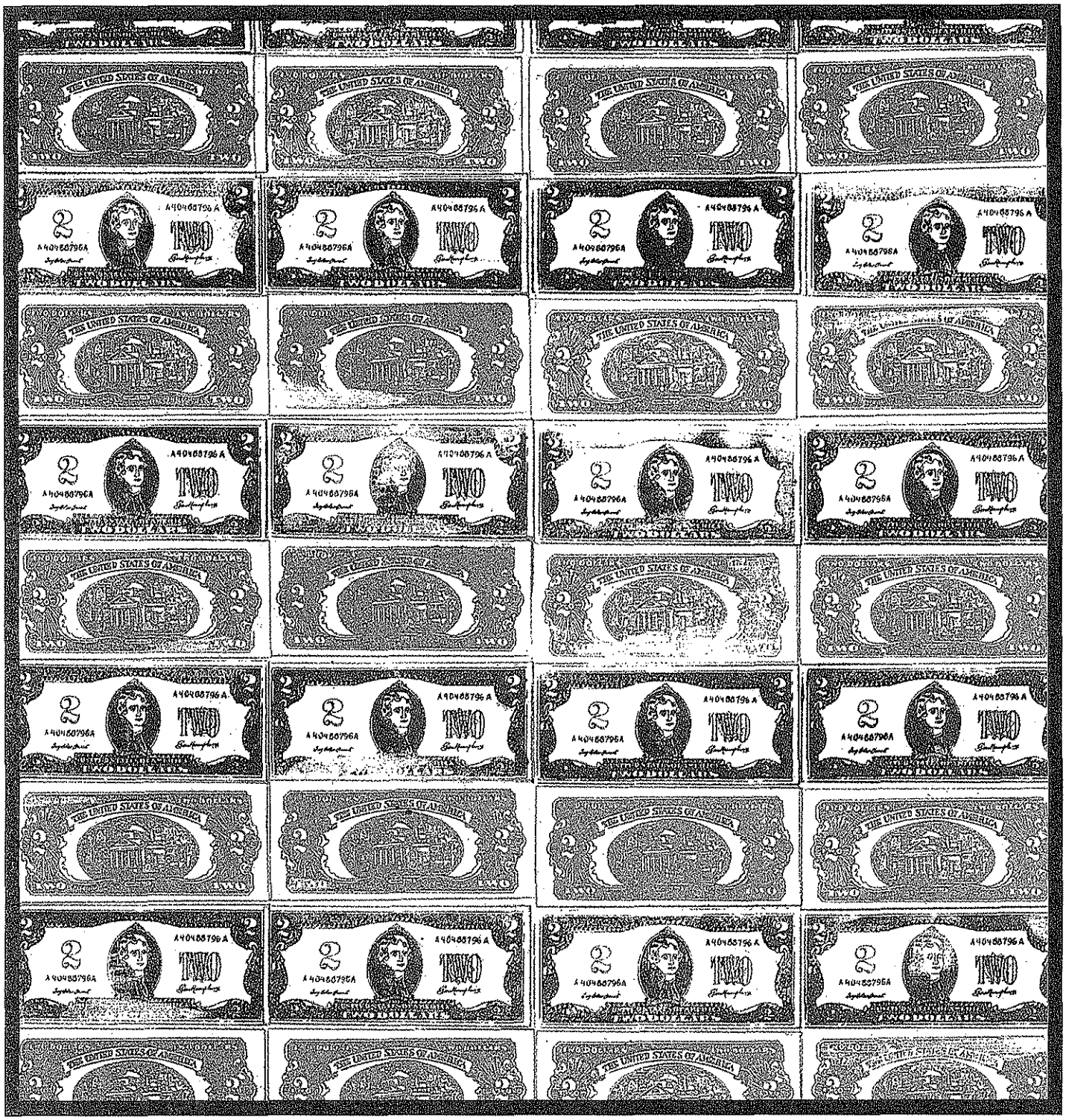
[6] *Decimos que alguien asigna mayor valor a un bien cuando está dispuesto a pagar más por él. Utilizando el mercado como mecanismo de asignación, la intensidad de las preferencias se manifiesta a través del precio que se esté dispuesto a pagar por los bienes.*

[7] *El criterio de eficiencia de Pareto –en una de sus múltiples formulaciones- señala que una asignación de recursos es eficiente si permite mejorar a una persona sin perjudicar a otra.*

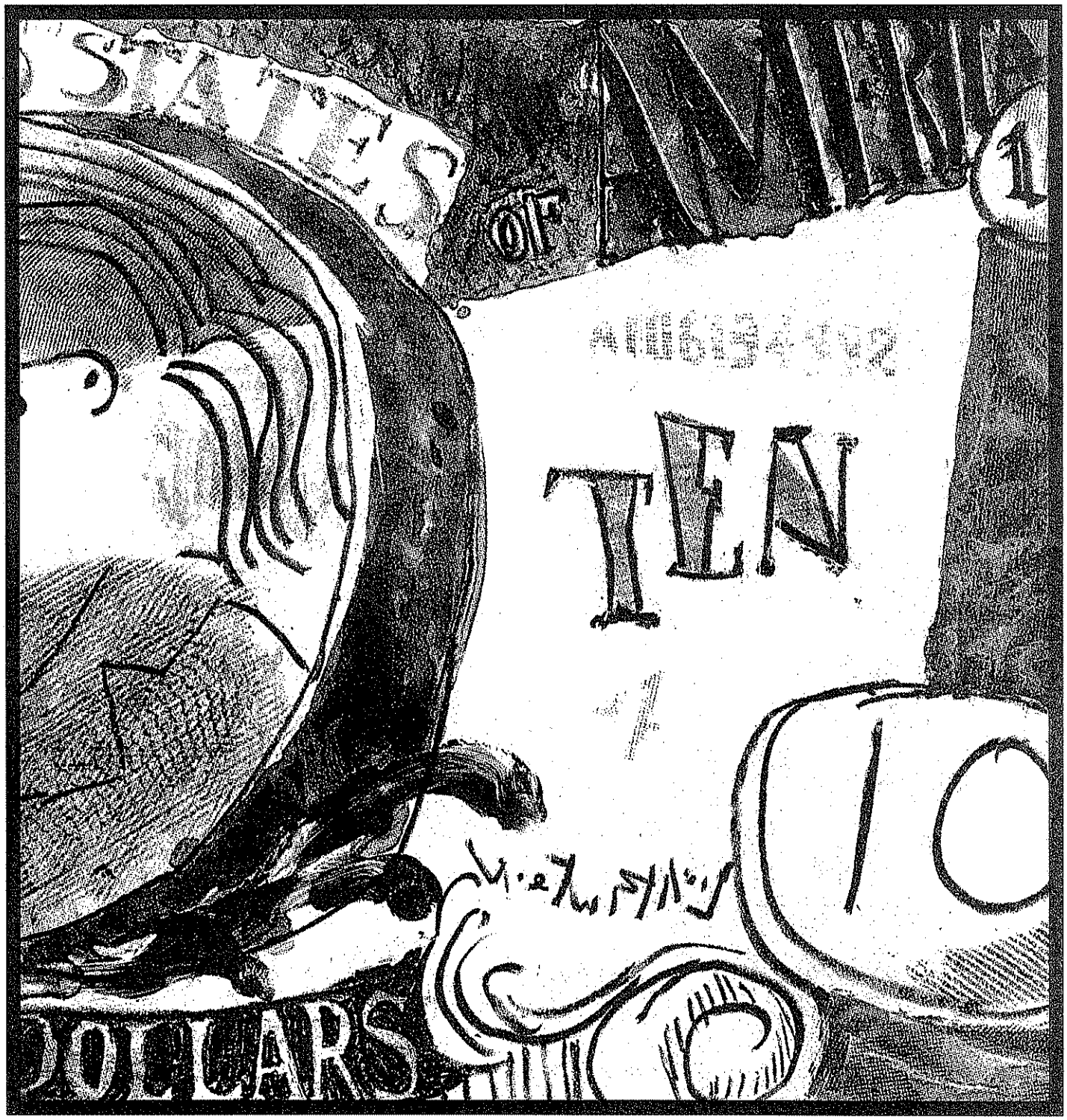
[8] *Cooter Robert y Ulen Thomas. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económico. México D.F. 1997 P.245*

[9] *Ver en Bullard, Alfredo. Estudios de Análisis Económico del Derecho. ARA editores. Perú: 1996. P. 181 y sgtes.*

[10] *Entenderemos por costos de transacción aquellos gastos en que debe incurrirse en la celebración de un contrato. (Usualmente se agrupan en costos de identificación, reunión y puesta en práctica del contrato.)*



Andy Warhol. Two Dollars Bills, 1962.



Roy Lichtenstein. Ten Dollars Bill, 1956.

RICHARD A. POSNER

Presidente de la Corte de Apelaciones de los EE.UU. del Séptimo Circuito y Profesor, Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago.

Maximización de la Riqueza y Tort Law*:

Una Investigación Filosófica

Por más de dos décadas he argumentado que lo que llamo "maximización de la riqueza" es la mejor guía positiva y normativa para Tort Law[1] Mi objetivo en este ensayo es volver a exponer, refinar y ampliar la versión filosófica de este argumento.

*Tort Law son las normas que regulan la responsabilidad extracontractual.

El autor agradece a William Landes y David Owen por sus comentarios sobre una versión anterior.

Introducción

Con **"maximización de la riqueza"** quiero indicar la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios "económicos" usuales) o (en el caso de bienes y servicios "no-económicos", como la vida, la recreación, la familia y la libertad de dolor y sufrimiento) que no se comercien en tales mercados. El "valor" es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigiría para separarse de él o por lo que un no-dueño estaría dispuesto a pagar para obtenerlo - cualquiera de los dos sea mayor.[2] La "riqueza" es el valor total de todos los bienes y servicios "económicos" y "no-económicos" y ésta es maximizada cuando todos los bienes y servicios, en la medida en que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables.

Es importante enfatizar la dimensión no-pecuniaria de la riqueza, especialmente para aquellos que no son economistas, quienes tienden rápidamente a asumir que a los economistas sólo les interesan los bienes y los servicios que tienen un precio en el mercado. Sin embargo concedo que la palabra "riqueza" es incompleta, aun cuando esté definida tan ampliamente como una medida de bienestar social. La razón es que el concepto de riqueza depende de cómo se asignen los derechos de propiedad y - lo que está relacionado estrechamente, ya que los derechos de propiedad son una fuente de riqueza - de la distribución de la riqueza en las personas. Para dar un ejemplo de Tort Law, la demanda de aire y agua limpios, y por lo consiguiente los contornos de la doctrina de la molestia pueden variar según si la pregunta es formulada como si la víctima de la contaminación estaría dispuesta a "vender" su "derecho" a estar libre de polución por un precio que el contaminador estaría dispuesto a pagar, o como si la víctima ofreciera "comprar" el derecho a aire o agua limpios al contaminador a un precio que este último estaría dispuesto a aceptar. La demanda es una función de ingreso y riqueza, como también del precio. Un indigente puede que no sea capaz de pagar nada por estar libre de contaminación, mientras que una persona acaudalada puede que exija un precio astronómico para renunciar a su derecho (si es que éste sea su derecho) al aire y agua limpios.

Quisiera prescindir de estos problemas de base y examinar la maximización de la riqueza en situaciones de responsabilidad extracontractual más comunes en que tales problemas no son agudos. Es poco probable que un pequeño (o también un gran) cambio en la doctrina de la responsabilidad extracontractual altere la distribución de la riqueza de tal manera que (como se ve en mi ejemplo de la contaminación) la eficiencia de las dos doctrinas no pueda ser comparada. Por lo tanto no es limitante restringir nuestra consideración a casos en que un enfoque de "Hand formula" - una persona que ha causado un daño en un accidente sería responsable frente a su víctima si, y sólo si, el costo esperado del accidente (esto es: la pérdida, tanto pecuniaria como no-pecuniaria, causada por el accidente si éste ocurre, multiplicada por la probabilidad de que éste ocurra) excede el costo de evitar el accidente (lo que nuevamente podría tener un componente no-pecuniario, como el tiempo) - generará un resultado idéntico cualquiera de las partes del accidente tenga un derecho *prima facie* a la protección legal de su actividad.

La Teoría Positiva

La idea de que el valor debiera ser determinado de esta forma y usado para guiar la política social hacia los accidentes y otras conductas peligrosas les parece natural a la mayoría de los economistas y abogados con conciencia económica. La idea de que *sea* la guía que las cortes han usado en la construcción de las doctrinas de Tort Law es mucho más controvertida, incluso entre los analistas económicos. Sin embargo, esta idea encuentra apoyo no sólo en mi trabajo y mi trabajo conjunto con William Landes, sino también en trabajos de Ronald Coase, Guido Calabresi, Steven Shavell y muchos otros[3], aunque pocos lleguen tan lejos como Landes y yo en la defensa de la suficiencia descriptiva de la teoría. A pesar de ser tan controvertida, el lado positivo de la teoría de maximización de la riqueza de Tort Law no presenta problemas *filosóficos* demasiado interesantes. Sin duda que un filósofo de la ciencia podría ser contratado para evaluar el derecho de la teoría positiva a llamarse "científica" y sus afirmaciones de estar mejor fundada que las teorías rivales. También los esfuerzos hechos por Landes y yo para pasar por alto las antiguas disputas filosóficas acerca del significado de la intención y la causa por la vía de refundir estos conceptos en términos económicos que no se refieran a ellas[4] podría causarle asombro a algunos filósofos.[5] Sin embargo, es poco probable que la suficiencia filosófica de la teoría positiva le cause inquietud a mucha gente.

Diferente es el caso de la rama normativa de la teoría. La idea que en la medida de que Tort Law se separa de los dictados de la maximización de la riqueza debiera ser cambiado para adaptarse a ellos ha suscitado la ira de los filósofos y de los abogados con tendencias filosóficas, como Jules Coleman, Ronald Dworkin, Anthony Kronman y Ernest Weinrib. Los temas de filosofía moral y política que surgen de la teoría de maximización de la riqueza son el punto central de este ensayo.

La Teoría Normativa

A.- Normatividad Pragmática

Comenzaré mi discusión de la teoría normativa con la negación de tres conceptos. Primero, en parte por la razón dada anteriormente (el que la maximización de la riqueza dependa de la previa asignación de derechos de propiedad y de la distribución de la riqueza en las personas), yo no sostengo ni creo que la teoría sea suficiente para resolver todos los asuntos de política social, o siquiera todos los asuntos de Tort Law; segundo, no creo que ésta se pueda deducir de alguna teoría moral inclusiva, como el utilitarismo; y tercero, no creo que la riqueza en el sentido en que yo la uso, a pesar de lo amplio del sentido (recuerde que no es un *concepto* pecuniario aunque usa una *métrica* pecuniaria), tenga algún valor intrínseco, instrumental y posiblemente "último", como se piensa que tienen el placer o la felicidad o el florecimiento humano o la buena voluntad en varias filosofías.

Todo esto les concedo a mis críticos.[6] Pero ya no pienso que estas concesiones debiliten mi posición, porque me he vuelto profundamente escéptico en cuanto a los esfuerzos por construir sistemas morales coherentes. He llegado a creer que en nuestra sociedad las creencias morales en gran medida preceden, y no son mayormente afectadas por, las razones que pueden ser expuestas a favor o en contra de ellas. Sería, por ejemplo, extraodinariamente raro que alguien dijera, "Sé y creo que es malo torturar a los niños, pero me gustaría saber *por qué* es malo." Uno puede que sea o no sea capaz de darle una razón; pero es muy poco probable que uno pudiera influenciar su creencia. Así es como cuando Bruce Ackerman, partiendo de principios básicos, termina por sugerir a sus lectores que "los derechos del simio hablante están más seguros que los del vegetal humano[7], o que un feto tiene menos derechos que un delfín[8], o que la única razón por la cual a los padres debiera prohibirseles matar a su hijo de un día es que podrían entregarle el bebé a otra persona[9], la objeción correcta no es que Ackerman esté "equivocado", sino que es quijotesco en suponer que un *argumento* pueda o deba alterar las creencias de la gente acerca de tales cosas. Es poco realista, como dijo Swift, suponer que uno puede convencer a una persona con argumentos de lo contrario de su posición cuando esta persona jamás necesitó de argumentos para ser convencida de ella; y es un signo de debilidad el abandonar una creencia moral profunda simplemente porque no se encuentra una buena respuesta a un argumento astuto.

No quiero decir que las creencias morales de las personas nunca cambian; ciertamente muchas de las mías lo han hecho, pero ellas cambian por experiencia más que por argumentación. Me atrevo a decir que algunos filósofos profesionales han llegado a posiciones morales por la vía de argumentar (por ejemplo el vegetarianismo), pero pienso que el llegar a creencias morales por esta vía es algo escaso aun entre filósofos y mucho más raro en el resto de la población.

Todas las teorías morales sistemáticas chocan con la inamovilidad de creencias morales sólidas por la vía de argumentar. El utilitarista consecuente tiene problemas para demostrar por qué no sería una buena idea ocasionalmente ahorcar a alguien que se sabe es inocente. Un Kantiano que, como Ackerman, cree que sólo seres dotados con "razón" tienen derechos morales tendrá dificultades para explicar por qué es malo matar a personas gravemente retardadas mentales o comatosas. El más grande de los abogados naturales (Aquinas) llegó, por la vía de la argumentación, a tales conclusiones como que la masturbación es un pecado mayor que violar a la propia madre y que prestar dinero por intereses está condenado por el mismo principio que condena la sodomía.[10] Un Rawlsiano tiene dificultades para explicar por qué nuestros cerebros no son un bien colectivo; un libertario de estilo Nozick le cuesta explicar por qué las contiendas de gladiadores están mal; y un maximizador de la riqueza se topará con vergüenzas muy similares a las que encontraron tanto el utilitarista y el Nozickiano cuando explore temas como la esclavitud, la discriminación y la asistencia social. No es probable encontrarse con estos temas directamente en Tort Law, pero una filosofía que es contradicha por nuestras intuiciones morales más profundas en varios casos de prueba podría creerse inadecuada para regir cualquier área de investigación moral.

Parece poco probable que la única razón para la insuficiencia de teorías morales como medio de persuasión para la acción en nuestra sociedad sea que no haya aparecido nadie aún que sea lo suficientemente inteligente para inventar una teoría convincente. Una explicación más plausible, postulada por Alasdair MacIntyre[11], es que las creencias morales de los norteamericanos modernos reflejan diferentes, y en una importante medida inconsecuentes, tradiciones de pensamiento moral: griega (platónica, aristotélica, estoica, pírrica, epicúrea), judía, católica, protestante (incluyendo la puritana), pragmática, liberal, utilitaria, científica (incluyendo darwiniana), freudiana, populista, individualista en el límite, humanitaria, igualitaria. Estas tradiciones no están, por supuesto, mezcladas en las mismas proporciones en cada norteamericano. Tan variadas son las mezclas, de hecho, que algunos norteamericanos parecen habitar diferentes universos morales que otros. Además, muy pocos viven totalmente dentro de una tradición, y aquellos que viven en más de una tienden a tener una serie de creencias morales que es internamente incoherente - por ejemplo, a favor del aborto, la libertad sexual, la eutanasia y la protección de animales

depredadores, pero en contra del infanticidio, la pena de muerte, la libertad económica y que los seres humanos coman carne; a favor de las familias unidas, pero también del divorcio fácil; a favor de la democracia, pero también del privilegio académico. Así hay incoherencia tanto dentro de como entre individuos, y el teorizar moralmente no cambiará nada de esto.

Si esto es correcto, el enfoque filosófico más constructivo a la pregunta de si la maximización de la riqueza debiera guiar la Tort Law podría ser, más que considerar su suficiencia o su linaje como teoría moral, *relacionarla* con las numerosas tradiciones morales que puedan tener o implicar una posición acerca de la responsabilidad extracontractual. Si, como yo creo, la maximización de la riqueza calza bien con varias teorías morales y no ofende a ninguna, un sistema de responsabilidad extracontractual basado en la maximización de la riqueza podría merecerse estar al mando en nuestra sociedad.[12] Para decirlo de otra forma, la opinión pública irreflexiva que subyace a un sistema de Tort Law que se entiende y se explica de mejor manera en términos de la maximización de la riqueza atraviesa las principales tradiciones morales que se encuentran en nuestra sociedad.

B.- Ilustraciones

Restricciones de espacio y tiempo me obligan a limitarme a una explicación breve de la compatibilidad de la maximización de la riqueza con cinco teorías éticas: (1) el principio de Pareto, (2) el utilitarismo normativo, (3) la justicia correctiva aristotélica, (4) la deontología kantiana, y (5) el igualitarismo kantiano.

1.- EL PRINCIPIO DE PARETO

Comenzaré con el principio de Pareto[13], que es que un cambio (incluso un cambio causado por un accidento o una acción intencional) es bueno si beneficia al menos a una persona y no perjudica a nadie. Este es un principio "liberal"[14] emparentado con el principio de Kant y Mill de que todos tienen derecho a la mayor cantidad de libertad posible mientras sea consistente con la libertad de todas las demás personas. El principio de Pareto protege a una persona de actividades dañinas realizadas por otros por la vía de insistir que todas las personas que son potencialmente perjudicadas por aquellas actividades consientan en los efectos que tendrán sobre ellas. Las personas normalmente consentirán en ser perjudicadas sólo si han recibido algún tipo de compensación, cuyo resultado es, haciendo un balance, que no han sido perjudicadas por la actividad dañina. Por el hecho de que requiere de unanimidad, el principio de Pareto en su forma pura evita las objeciones de mayoritarismo.

El principio de Pareto puede parecer incoherente con un sistema de Tort Law que no requiere responsabilidad estricta para todos los daños, aunque calza bien con la asignación de indemnización para agravios extracontractuales negligentes e intencionales. Incluso un régimen comprensivo de responsabilidad estricta sería sospechoso para un paretiano, porque en el caso de daños físicos graves, incluyendo la muerte, la compensación de agravios extracontractuales rara vez es una compensación completa. Sin embargo, un sistema de responsabilidad extracontractual dominado por el principio de la negligencia - resignado a otorgar cero recuperación en muchos casos de lesiones accidentales y menos de una compensación completa incluso en muchos casos en que se impone la responsabilidad, y que es muy costoso de operar (nuestro sistema de responsabilidad extracontractual)- podría aproximarse al óptimo de Pareto.

Para percibir esto se necesita una comprensión de que la compensación puede ser *ex ante*, en la forma de un ahorro de costos, así como *ex post*, en la forma de una sentencia o un acuerdo. *Ex ante* el costo (un costo "esperado" en la jerga económica) de un accidente tiene dos componentes: el costo esperado para el potencial perjudicador de ser considerado responsable y obligado a pagar los daños por haberle causado un daño a otra persona, y el costo esperado para la víctima potencial de ser lesionada en un accidente. La misma persona puede, por supuesto, ser tanto el perjudicador potencial como la víctima potencial: esto es común en los casos de choques; y en beneficio de la simplicidad limitaré mi atención a este tipo de casos. También eliminaré cualquier duda asociada con el concepto de un costo "esperado" por la vía de indicar que los costos esperados pueden transformarse en costos actuales más pequeños y seguros a través de un seguro: un seguro contra terceros en el caso del costo esperado de ser un perjudicador, un seguro contra accidentes en el caso del costo esperado de ser una víctima. Nadie compra un seguro ilimitado, por lo tanto la transformación de costos esperados a costos actuales no es completa. Sujeto a esta calificación, de la cual diré más en breve, un asegurado querrá minimizar la suma de las primas para los dos tipos de seguro. El balance entre los dos costos será diferente bajo negligencia y bajo responsabilidad estricta. El costo de un seguro contra terceros será menor bajo la anterior porque una proporción menor de accidentes crean responsabilidad bajo un régimen de negligencia que bajo uno de responsabilidad estricta. Pero por lo mismo el costo de un seguro contra accidentes será más alto bajo el régimen de negligencia porque más accidentes quedan sin compensación en el sistema de responsabilidad extracontractual bajo ese régimen. Sin embargo, si la *suma* del costo de los seguros de responsabilidad y contra accidentes es menor bajo el régimen de negligencia, podría ser éste el régimen preferido. Y si es preferido por *todos* será el óptimo de Pareto aun si, *ex post*, algunas víctimas de accidentes sean perjudicadas por el régimen de negligencia. Serán perjudicadas porque un seguro contra accidentes no siempre da compensación completa, aunque sea sólo por el hecho de que un accidente puede reducir de tal forma la utilidad del dinero para la víctima que ésta no pagaría por el derecho de recibir lo recaudado por el seguro en el caso de tal accidente.[15]

Afirmo que la negligencia "puede ser" más que "es" el régimen preferible en el caso que acabo de exponer, precisamente porque existen costos del accidente que no son compensados. Aun si el monto total de seguros (tanto de accidente como contra terceros) del asegurado es menor bajo el régimen de negligencia, la suma de los costos actuales y esperados puede ser mayor bajo éste que bajo el de responsabilidad estricta - o, dependiendo de factores como incentivos diferenciados para la seguridad y diferentes costos de administración, podría ser menor.

En cualquier caso, es poco probable que *todos* sean beneficiados *ex ante* por una elección particular de doctrinas de responsabilidad extracontractual, pero esto es cierto en cualquier situación en que se invoque el concepto de Pareto: todas las transacciones "voluntarias" tienen algún efecto en terceras partes - o, si no todas las transacciones voluntarias *individuales*, todos los *tipos* de tales transacciones. Una serie de contratos voluntarios entre adultos completamente informados y que actúan por su propia y libre voluntad puede que altere los precios de los bienes o servicios involucrados en los contratos (o los precios de lo que se invierte en esos bienes o servicios) y por este hecho puede dañar a otras personas. Aun así, el concepto de Pareto mantiene por lo menos alguna fuerza normativa cuando uno se aproxima a él, lo que podría ser demostrado en el caso con respecto a una o más características doctrinarias o institucionales del sistema de responsabilidad extracontractual (o reformas en él) cuando es evaluado con el criterio de la maximización de la riqueza. Si la unanimidad es un criterio moralmente atractivo para la acción social, la casi unanimidad debiera ser atractiva también, aunque sea en menor grado.

2.- UTILITARISMO NORMATIVO

El siguiente sistema moral que quisiera comparar con la teoría de la maximización de la riqueza de Tort Law es el utilitarismo - el que le sigue apropiadamente, ya que a medida que relajamos progresivamente

el criterio de unanimidad del principio de Pareto nos acercamos cada vez más al utilitarismo. Ofrezco la maximización de la riqueza como la norma del utilitarista normativo para determinar la responsabilidad extracontractual.[16] La oferta será rechazada de inmediato por cualquiera que piense que el utilitarismo normativo es inconsistente sin premisas utilitarias. El no imponer la responsabilidad extracontractual a un individuo o una empresa que no haya causado daños podría ser una buena regla para la maximización de la utilidad, pero si en un caso en particular la utilidad total sería maximizada por la vía de separarse de ella para promover la disuasión de acciones dañinas, ¿sobre que base *utilitaria* podría uno negarse a hacerlo? Los utilitaristas dan varias respuestas. Muchas son variantes de la proposición de que cualquiera separación hipotética sea propuesta por el crítico del utilitarismo no sería de hecho una maxi-mización de la riqueza en el mundo real - a lo cual el crítico podría responder que los principios morales básicos deben, para ser tales, mantenerse en todos los mundos concebibles - a lo que el utilitarista puede responder que todas las teorías morales, incluso una tan austera como la justicia como "fairness" de Rawls, dependen de ciertos hechos acerca del mundo y de la naturaleza humana.[17]

No quiero dejarme enredar en esta maraña. Es suficiente para mi propósito el que muchos, probablemente todos, los utilitaristas creen que no es factible maximizar la utilidad al por menor, por así decirlo. Ellos creen que una política de maximización de la utilidad dependería fuertemente de reglas, permitiendo algunas excepciones por supuesto, pero sin permitir una excepción general que permitiría que cualquier regla fuera pasada por alto cada vez que la se maximizaría la utilidad haciéndolo. La excepción general haría que la gente se sintiera insegura y por lo tanto infeliz, y, un punto que está relacionado, sería difícil encontrar a alguien o a alguna institución que podría ser encargada de hacer cumplir un poder discrecional tan amplio de forma justa e inteligente. Así, la excepción general no serviría para la maximización de la utilidad, y esto a su vez implica que los casos hipotéticos en que aplicarla incrementaría la utilidad no son sólo hipotéticos, sino ilusorios.[18]

No es factible formular juicios *ad hoc* acerca de la contribución neta a la utilidad agregada de alguna acción peligrosa o práctica que resulta en lesiones en particular - medir la infelicidad causada por la lesión y la infelicidad que habría sido causada por la precaución que la habría evitado. Si la utilidad ha de ser maximizada con respecto a actividades que causan accidentes, tendrá que hacerse de forma indirecta. En la medida en que los costos de una actividad peligrosa pueden ser traducidos a dinero a través de un seguro y comparados con los costos de minimizar el gasto del seguro a través de cambios en la responsabilidad o la regulación, las políticas públicas (incluyendo las reglas de responsabilidad) que son diseñadas para minimizar la suma de todos estos costos es más probable que sirvan para maximizar la utilidad que las políticas guiadas por cualquier otra norma. Los costos no asegurados de accidentes - los costos que el seguro no cubre - presentan una dificultad mayor. Sin embargo observamos que la mayoría de la gente asume feliz riesgos menores de lesiones graves a cambio de beneficios modestos. Es poco probable que el prevenir que asuman esos riesgos, por ejemplo fijando un límite de velocidad de 15 km/h en todas las calles, sería una política que serviría para maximizar la utilidad. Los riesgos pueden ser valorados, y el comportamiento riesgoso puede ser optimizado por el sistema de responsabilidad extracontractual de la siguiente manera: haga un cálculo aproximado de lo que una persona cobraría por asumir el riesgo en cuestión (podría ser el riesgo de ser matado por un conductor que va a exceso de velocidad), divida ese número por el riesgo, e indemnice con el cociente si el riesgo se materializa.[19] Así, si una persona exigiera US$1 para ser expuesto a una probabilidad de uno en un millón de ser matada, la indemnización apropiada si fuese matada y el acusado se considerara responsable sería de US$ 1 millón; si exigiera US$ 25.000 para un riesgo de uno en cien, la indemnización apropiada sería de US$ 2,5 millones. La indemnizaciones calculadas de esta forma debería darle a los potenciales acusados el incentivo "correcto" para tomar medidas de precaución por la vía de enfrentarlos con los costos esperados de precauciones para las víctimas potenciales, mientras que una indemnización mayor induciría a una inversión excesiva en tales precauciones y una indemnización menor sería una incentiva insuficiente.

No se podría *probar* que un sistema tal de responsabilidad extracontractual maximizaría la utilidad, ya que la utilidad es imperceptible e inmensurable, pero el utilitarismo normativo de sentido común que estoy defendiendo se basa en la idea de que es posible hacer predicciones útiles, aunque sean aproximadas, acerca de qué reglas tienen más probabilidad que las alternativas (incluyendo las que sirven para maximizar la utilidad *ad hoc*, en vez de cualquier regla) de maximizar la utilidad, y la maximización de la riqueza es una buena candidata para ser esa regla, por lo menos en el área de Tort Law. Esto no debería sorprender, en vista de la cercana conexión histórica entre la idea de los economistas de la "riqueza" y la idea del filósofo utilitarista de la "utilidad".[20] La prosperidad no lo es todo, pero para la mayoría de la gente es mucho; y porque la maximización de la riqueza no es un concepto estrechamente pecuniario, la noción del maximizador de la riqueza de la "prosperidad" incluye bienes no económicos, como la seguridad, el aire limpio, y las relaciones familiares satisfactorias, junto con bienes económicos. Es posible que algún cambio en Tort Law incrementaría la utilidad total aun si tuviese como resultado costos de seguro más altos y, quizás, no hubiese una reducción de accidentes. Esto podría pasar si, por ejemplo, el cambio tuviese como resultado una transferencia de ingresos a personas que obtendrían más utilidad del incremento a sus ingresos de lo que perderían los que hayan transferido el ingreso. De esta forma un utilitarista que pensaba que la gente pobre tiene más probabilidades de ser víctima de un accidente que la gente rica y que tiene una utilidad marginal del dinero más alta, podría estar a favor de la abolición de la defensa de la culpa concurrente. Pero como no existe ninguna manera de verificar tales suposiciones, el enfoque de maximización de la riqueza debería ser atractivo para el utilitarista normativo como una solución práctica al problema de como maximizar la utilidad de manera *factible*.

3.- JUSTICIA CORRECTIVA ARISTOTÉLICA

Ahora quisiera enfocar mi atención a la tradición moral - que para mis propósitos es ilustrada adecuadamente por aspectos de las enseñanzas morales de Aristóteles y de Kant - en que la satisfacción de preferencias, ya sea sobre una base agregada o individual, es rechazada como base para deberes morales o legales. En la teoría de justicia correctiva de Aristóteles (a la que dos milenios y medio de filosofar han agregado muy poco),[21] el deber de rectificar un mal es simplemente eso - un deber - más que un instrumento para lograr un fin social o incluso personal, como la disuasión o la felicidad. La teoría de Aristóteles está entrelazada con el concepto de *pleonexia*, o el tratar de obtener más de lo que a uno le corresponde. Los principios de la justicia distributiva establecen algún patrón de lo que se merece, y si alguien interrumpe ese patrón de mala manera, la justicia correctiva requiere que se restablezca el justo equilibrio.

Este principio que es muy atractivo intuitivamente provee un camino más directo para compensar agravios extracontractuales intencionales que le enfoque del maximizador de la riqueza. Pero cuando una observa la articulación detallada de la doctrina de responsabilidad extracontractual intencional, la teoría de justicia correctiva rápidamente queda atrás, ya que el analista económico puede explicar las defensas a estos agravios, los detalles de las compensaciones (incluyendo por qué difieren de las compensaciones para otros agravios), los puntos en que coinciden con otras responsabilidades extracontractuales (como, frecuentemente, la difamación) la relación con el crimen a un extremo y el rompimiento de contrato al otro, y en suma, el patrón general de responsabilidades por estos daños.[22] La justicia correctiva puede que esté al volante, pero se necesita que la economía le diga al conductor cuando girar, detenerse, acelerar, etc..

Con respecto a las responsabilidades extracontractuales no intencionales, lo que implica la responsabilidad para (la mayoría de los) accidentes, la justicia correctiva no tiene ninguna fuerza. Uno puede, si quiere, decir del conductor que va a exceso de velocidad que es "pleonáxico" - queriendo más de lo que le corresponde en cuanto a las oportunidades de autosatisfacción que se hallan en el camino - pero cuesta ver qué se gana con esta nueva descripción. Hay muchas objeciones para eliminar la responsabilidad extracontractual para este o esto otro tipo de accidentes peligrosos, como a veces se hace, por ejemplo, en las leyes de compensación de trabajadores y en planes de compensación automovilísticos de "cero falta". Sin embargo, la pérdida de la justicia correctiva no es una de las objeciones. La razón es que, como un aspecto de la carencia general de detalles en la teoría, no queda en absoluto claro cuáles arreglos institucionales conlleva la justicia correctiva. Si, como los opositores a la responsabilidad extracontractual creen, algún plan regulador alternativo controlara los accidentes de forma más eficaz - o por lo menos igual de eficazmente - y por un costo menor (o más justamente) que el sistema de responsabilidad extracontractual, no hay razón para criticar la teoría de Aristóteles. La teoría no excluye modos no tradicionales, como oblicuos o al por mayor, de rectificar las injusticias. No queda siquiera claro qué fundamento tendría un aristotélico para objetar la sustitución de la responsabilidad penal por la extracontractual como el régimen legal para agravios intencionales, si la sustitución pudiese ser defendida convincentemente como un método más justo, efectivo y barato de "corregir" este tipo de injusticias. Aun si la víctima no es compensada, con la condición de que el criminal es castigado de forma suficientemente grave, la víctima y el criminal se encuentran una vez más en un plano de igualdad (y aquí podemos percibir la conexión entre la justicia correctiva y redistributiva - "ojo por ojo"). Así quizás incluso en su aplicación más fundamental[23], la justicia correctiva provee sólo un apoyo débil para Tort Law. Pero éste no es el asunto. Lo que tiene la mayor importancia aquí es la concilicación entre el enfoque acerca de Tort Law de un maximizador de la riqueza y el de un aristotélico.

4.- DEONTOLOGÍA KANTIANA

La insistencia más enfática de que los deberes morales no se basan en preferencias viene de los kantianos, cuya tesis básica, en cuanto tiene relación con mi tema, es que está mal que una persona uso a otra como un medio para lograr los fines de la primera persona - está mal, por lo tanto, usar el cuerpo de un trabajador como aporte à la manufactura de productos, o el cuerpo de un peatón como aporte al transporte de uno, sin su consentimiento. (Si consienten, entonces están siendo "usados" tanto para sus propios fines como para los del usuario.) Un kantiano, ya sea o no de tendencia igualitaria, probablemente no estará muy contento con la implicación de la teoría de la maximización de la riqueza de Tort Law en el sentido que una persona debería sentirse libre de conducir más rápido en un barrio pobre que en uno rico, porque los costos de accidente esperados son en promedio inferiores en el primero (siendo la magnitud de la pérdida si ocurre un accidente una función en parte del ingreso de la víctima), haciendo que el gasto óptimo de tiempo y otros recursos para evitar accidentes en el barrio más pobre sean también inferiores. Desde una perspectiva kantiana, este análisis parece tratar a las víctimas potenciales de accidentes simplemente como obstáculos a los fines de los perjudicadores potenciales.

¿Pero, es cierto que un sistema alternativo de Tort Law calzaría *mejor* con los principios morales kantianos? El kantiano, como el utilitarista, no considerará factible aplicar sus principios directamente a actividades de moral dudosa, como el conducir a alta velocidad en barrios pobres. Él también necesita una regla; quizás un sistema de Tort Law orientado por el principio de la maximización de la riqueza es el mejor enfoque para el kantiano. Éste busca acomodar las actividades conflictivas de tal manera que se maximice el rango de actividad productiva. En la medida en que logra este objetivo, Tort Law impone de la misma forma tanto a perjudicadores potenciales como a víctimas potenciales (y a menudo éstas son la misma persona) la debida consideración por los planes, las metas, las elecciones, etc. del otro. Requiere de adaptación *mutua*, y si el sistema de Tort satisface (se aproxima a) la condición de Pareto entonces ésta será

(o se aproximará a) las adaptaciones mutuas deseadas por todos. Un individuo que acepta un sistema de Tort Law porque, aunque puede que lo deje sin compensación por algunos accidentes en general éste promueve sus fines de mejor manera que cualquier otro sistema lo haría, no puede quejarse de que es un mero medio para los fines de los perjudicadores potenciales.

5.- IGUALITARISMO KANTIANO

Algunos kantianos, sin embargo, podrían querer centrarse en las implicaciones no igualitarias de la maximización de la riqueza, como la que expone el ejemplo de andar a mayor velocidad en barrios pobres. Como demuestra el ejemplo, Tort Law interpretada en términos de la maximización de la riqueza tiende a ratificar más que a cambiar la distribución del ingreso o de la riqueza preexistente. La víctima del conductor negligente debe ser puesta de vuelta, tanto como sea posible, en la misma posición de la distribución del ingreso que ocupaba antes del accidente; pero una corolario es que algunas víctimas potenciales de accidentes reciben menos consideración que otras, simplemente porque son más pobres. Sin embargo, un igualitario sólo está en posición de objetar esta característica de Tort Law si puede demostrar que Tort Law es, por lo menos potencialmente, un método eficiente para hacer la distribución de la riqueza más igualitaria - lo que parece poco probable. Si las indemnizaciones en casos de agravio fuesen promedios en vez de individuales, las víctimas pobres serían sobre -compensadas y sus incentivos para la conducta segura se reducirían en forma proporcional; aparte de esta consecuencia, la homogeneización de indemnizaciones para las diferentes clases de ingresos daría como resultado una redistribución caprichosa de la riqueza de víctimas de accidentes ricas (que recibirían una compensación menor) a las víctimas pobres. La gran mayoría de la gente pobre no sería afectada. Quizás el sistema de Tort, mientras maximice la riqueza, es tan igualitario como es posible que sea.[24]

Conclusión

He intentado demostrar, de forma demasiado breve, temo, para llevar a una convicción completa, que un sistema de Tort Law guiado por la norma de la maximización de la riqueza es probable que sea coherente con las tradiciones morales más influyentes de nuestra sociedad. Esto no prueba que es el sistema indicado de tener, pero debería atenuar los ataques filosóficos que sufre.

[1] *Para la exposición más completa acerca de mi posición, véase William M. Landes & Richard A. Posner, The Economic Structure of Tort Law (1987); para la exposición más filosófica, véase Richard A. Posner, The Problems of Jurisprudence (1990), cap. 12-13 passim.*

[2] *Posner, supra, nota 1, pp. 356-7.*

[3] *Últimamente hemos visto la conversión de Richard Epstein a este punto de vista. Richard A. Epstein, Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase, 36 J.L. & Econ. 553 (1993).*

[4] *Distinguimos entre los daños intencionales y no intencionales por la vía de preguntar si el costo de evitar el daño era positivo - lo que requiere que el causante del daño invierta recursos para evitarlo (en cuyo caso el daño no fue intencional), o negativo - lo que requiere que el causante del daño invierta recursos para causarlo (en cuyo caso el daño fue intencional): Landes & Posner, supra, nota 1, cap. 6. Evitamos preguntas acerca de si la acción del demandado fue la causa o una de las causas del daño del demandante simplemente preguntando en cada caso si cargarle responsabilidad al demandado incrementaría la riqueza: id. Cap.8.*

[5] *Por ejemplo, véase los ensayos en este tomo por John Finnis, Intention in Tort Law, y Tony Honoré, Necessary and Sufficient Conditions in Tort Law - Ed.*

[6] *Notablemente Ronald M. Dworkin, cuyo artículo Is Wealth a Value?, 9 J. Legal Stud. 19L (1980), publicado de nuevo en Dworkin, A Matter of Principle (1985), cap.12, sigue siendo la mejor crítica, así como la crítica mejor escrita, de la maximización de la riqueza como principio ético.*

[7] *Bruce A. Ackerman, Social Justice in the Liberal State (1980), 80. Véase la discusión en Posner, supra, nota 1, pp.336-40.*

[8] *Ackerman, supra, nota 7, p.127.*

[9] *Id., p.129.*

[10] *La violación es un uso "natural" de los órganos sexuales, la masturbación un uso no natural de ellos. Prestar dinero contra intereses es un intento de hacer que un metal infértil (el oro) procree; la sodomía es una utilización igualmente estéril de los órganos sexuales.*

[11] *Alisdair C. MacIntyre, After Virtue: A Study in Moral Theory (2a ed., 1984).*

[12] *Este enfoque tiene alguna afinidad con la idea de Rawls del "consenso coincidente", pero no es necesario considerar cuan cercana es la afinidad: véase John Rawls, Political Liberalism (1993), lect. 4.*

[13] *A menudo se refiere a éste como la "eficiencia de Pareto". El concepto de eficiencia implícito en el uso del criterio de la maximización de la riqueza es lo que se llama la "eficiencia Kaldor-Hicks", o a veces "eficiencia de Pareto potencial". Difiere de la eficiencia de Pareto en que no requiere que las personas perjudicadas por un cambio sean compensadas. Por lo tanto carece del aspecto de unanimidad que hace de la eficiencia de Pareto un principio ético tan atractivo.*

[14] *Aunque puede generar implicancias no liberales, como se muestra en Amartya Sen, The Impossibliility of a Paretian Liberal, 78 J. Pol. Econ. 152 (1970); pero no en los casos que se discutirán aquí.*

[15] *El caso más claro es cuando la víctima muere en el accidente. En este caso el dinero del seguro será de utilidad para ella sólo en cuanto sea altruista hacia los sobrevivientes. Las indemnizaciones por daños de responsabilidad extracontractual (financiados en gran medida por seguros contra terceros) tienden a ser más generosas, aunque en muchos casos - en caso de muerte por ejemplo - la compensación aún no es completa. Pero ésta no es una consideración importante en una comparación entre negligencia y responsabilidad estricta, a menos que se piense que los dos regímenes producen una cantidad diferente de accidentes.*

[16] *No discutiré aquí la elección entre reglas (como la negligencia) y la norma (como la responsabilidad estricta) en Tort Law. Para una discusión acerca de esa distinción, véase en general Posner, supra, nota 1, pp.44-8. La regla/elección normal tiene afinidades formales con la elección entre el utilitarismo normativo y de acción - los costos de información, por ejemplo, son una consideración crucial en ambas elecciones - pero adoptar la maximización de la riqueza como la "regla" del utilitarismo normativo no determinaría la elección puramente instrumental entre las reglas y la norma como principios de Tort Law.*

[17] *Esta es la línea tomada en Stephen W. Ball, Uncertainty in Moral Theory: An Epistemic Defense of Rule-Utilitarian Liberties, 29 Theory & Decision 133 (1990).*

[18] *La versión del utilitarismo que estoy defendiendo aquí es similar a lo que Lyons llama (sin intención peyorativa) "utilitarismo normativo primitivo": David Lyons, Forms and Limits of Utilitarianism, (1965) cap. 4. Es perfectamente compatible con el utilitarismo de acción. Véase. Gerald F. Gaus, Mill's Theory of Mural Rules, 58 Australian J. Phil. 265 (1980).*

[19] *Véase Landes & Posner, supra, nota 4, p. 188.*

[20] *Los economistas distinguen entre "riqueza" y "utilidad" a lo largo del eje de la certeza. Ambos conceptos coinciden para las personas que son neutras en relación al riesgo, pero divergen para los que prefieren el riesgo y los que lo evitan cuando una elección contiene una posibilidad más que una certeza de riqueza. Una persona que evita el riesgo, por ejemplo, preferirá (obtener mayor utilidad de) una posibilidad de 100% de obtener $1 que un 10% de posibilidad de obtener $10, aun si la riqueza esperada de las dos posibilidades es la misma. Uso la palabra "riqueza" ampliamente para contener la "utilidad" en tales ejemplos, pero no uso este último término en una discusión filosófica para evitar una confusión con el utilitarismo. La "utilidad" (en el sentido en que la usan los utilitaristas) para un ladrón de un producto que no podía comprar no tiene un estatus ético ni legitimidad en la maximización de la riqueza. No es una demanda apoyada por un precio de oferta.*

[21] *A pesar de los esfuerzos por hacerlo ilustrados por Symposium Corrective Justice and Formalism - The Care One Owes One's Neighbors, 77 Iowa L. Rev, 403 (1992).*

[22] *Véase, por ejemplo, Landes & Posner. supra. nota 1, cap. 6.*

[23] *Aristóteles parece haber estado preocupado por lo que nosotros llamaríamos agravios intencionales y haber contemplado su rectificación por medio de litigios privados análogos del litigio por agravios moderno.*

[24] *En este aspecto, la significación del pago eventual para poner las compensaciones por agravios al alcance de todas las víctimas de agravios, aunque carentes en bienes actuales, no debería olvidarse.*

SERGIO ESPEJO YAKSIC

Abogado, Master of Arts en Políticas Públicas, Harvard University.

INSTITUCIONES, DEMOCRACIA Y DESEMPEÑO ECONOMICO

Abstract

Recurriendo a la teoría y evidencia empírica recogida por la literatura relacionada, en las siguientes páginas argumento que el desempeño económico no puede ser entendido sólo como el resultado de la asociación entre los factores de la producción y la tecnología disponible en una sociedad determinada. Por el contrario, él está positivamente correlacionado con la calidad de las instituciones existentes (infraestructura social) en ella. Ellas establecen los incentivos disponibles para los actores económicos, estimulando la acumulación de capital y el incremento de la productividad, así como facilitando la coordinación entre actores económicos y disminuyendo los costos de transacción asociados al uso del sistema de precios. Por último, argumento que también es posible establecer una correlación positiva entre la existencia de una democracia procedimental y un desempeño económico de calidad. Esta relación se ve especialmente potenciada por la existencia de instituciones informales asociadas a la confianza y la cooperación.

El autor agradece las sugerencias y opiniones recibidas de Claudio Agostini (Economics Department, University of Michigan at Ann Arbor) y Aldo González (Boston University), así como los valiosos comentarios de Carola Gana.

Introducción

Las transformaciones políticas y económicas que han sacudido al mundo durante los últimos treinta años han vuelto un lugar común el afirmar que democracia y mercado son dos caras de la misma moneda. Milton Friedman, en la parte probablemente menos citada en Chile de su ya clásico "Capitalismo y Libertad" (1962), argumenta que los derechos políticos y los derechos económicos no sólo se refuerzan sino también se requieren mutuamente.

El condicionamiento de la transferencia de capitales, por parte de los organismos internacionales de crédito, no sólo a la implementación de procesos de liberalización de la economía, sino también de reformas políticas que garanticen la existencia de estados democráticos de derecho, parece confirmar esta idea.

Precisamente, el reconocer la existencia de la relación que existe entre instituciones y desempeño económico, es tal vez uno de los principales avances registrados por la economía en los últimos años. El otorgamiento del Premio Nobel en Economía a dos personas que han contribuído sustancialmente al desarrollo de esta perpectiva, Ronald Coase y Douglass C. North, es prueba de ello.

En los párrafos siguiente, me propongo mostrar de manera muy suscinta los canales a través de los cuales las instituciones en general y la democracia en particular, afectan el desempeño de los actores económicos y las comunidades humanas.

$$f(K,L)Y$$

Por razones operacionales, usaré el término institución para referirme a las reglas del juego que rigen en una sociedad determinada. Ellas son parámetros y limitaciones diseñadas por los propios seres humanos con el objetivo de moldear las relaciones interpersonales. Proveyendo una estructura a la vida diaria las instituciones (i) reducen la incertidumbre que acompaña la interacción humana, así como (ii) definen y limitan el conjunto de opciones disponibles para los individuos (North, 1998, 3-4).

Dicho en términos más precisos, las instituciones (Ostrom, 1990, 51) son el conjunto de las reglas operativas[2] usadas para determinar quien es elegible para tomar decisiones en algún área, qué acciones son permitidas o restringidas, que reglas de agregación deben ser utilizadas, qué procedimientos deben ser seguidos, qué información debe o no ser provista, qué retribuciones deben ser asignadas a los individuos como consecuencia de sus acciones.

Seguiré además la noción que clasifica a las instituciones en formales o informales, según tengan su origen en la voluntad de una autoridad dotada de la potestad para crearlas o en la actividad espontánea de los individuos (Furubotn y Richter, 1998, 6).

Por último, asumo el concepto de democracia desde una perspectiva formal. Es decir, como un conjunto de normas y procedimientos que regulan tanto la transferencia del poder político como la libre expresión del desacuerdo en todos los niveles de la vida pública (Tavares y Wacziarg, 1996). Conforme a esta perspectiva formal, es democrático todo regímen político que garantice la existencia de elecciones abiertas, libres y limpias como procedimiento de transferencia del poder. Los gobiernos producidos a través de elecciones pueden ser ineficientes o corruptos y por lo tanto indeseables, pero ello no los vuelve menos democráticos (Huntington, 1991).

Ese es el sentido con el cual me refiero asimismo a los derechos políticos. Derechos políticos son los derechos a participar de manera relevante en el proceso político. En una democracia esto significa el derecho de todos los adultos a votar y competir por un cargo público, así como significa para los representantes electos tener un voto decisivo en materia de políticas públicas (Gastil citado por Barro, 1996).

---

[2] *Todas las reglas, sostiene J.R. Commons en su obra "Legal Foundations of Capitalism"(1957) contienen prescripciones que prohiben, permiten o demandan una acción o resultado. Son reglas operativas aquellas normas efectivamente utilizadas, monitoreadas y dotadas de coherciblilidad, utilizadas por los individuos al momento de efectuar decisiones en torno a las acciones que llevarán a cabo.*

Instituciones y Desempeño Económico

Durante un extenso período, la teoría económica se ha concentrado en el estudio de aquellos factores que determinan la cantidad de bienes y servicios producidos en la economía: la cantidad de insumos o factores de la producción, así como la habilidad de convertir estos insumos en productos (tecnología).

En términos muy simples,
Y = f(K, L)

Siendo Y el producto (ingreso), K el capital o el set de instrumentos utilizados por los trabajadores y L la cantidad de tiempo invertida por la fuerza laboral trabajando. La tecnología disponible es expresada en la función de la producción.

El mérito de las ecuación recién presentada radica en su capacidad de identificar las denominadas fuentes inmediatas del crecimiento económico: capital físico, capital humano, productividad. Desde esta perspectiva, las diferencias en el producto entre países estarían determinadas por las diferencias en la acumulación de capital y por las divergencias en productividad registradas.

La teoría neoclásica tradicional resulta, sin embargo, insuficiente para explicar la magnitud de las diferencias en acumulación de capital y productividad registrada entre países. En parte, ello es el resultado de un análisis fundado casi exclusivamente en el uso de modelos de competencia perfecta o imperfecta "sin fricciones". Es decir, modelos en los cuales las transacciones e intercambios son realizados sin costo por parte de individuos dotados de perfecta racionalidad. En dichos modelos la estructura institucional es considerada como una variable exógena, pre-existente, y por lo tanto ajena al análisis.

La debilidad de este razonamiento queda en evidencia al observar que incluso instituciones tan esenciales en el funcionamiento del sistema económico, como es el caso de las empresas, el mercado y el marco jurídico, han sido sistemáticamente subvalorados por parte de la literatura económica. (Coase, 1988, 5).

La importancia de endogeneizar las instituciones en un modelo de análisis capaz de proveer una mejor descripción de la realidad, se hace aún más patente al introducir en el análisis la figura de los costos de transacción, enunciados por vez primera en el influyente artículo de Ronald Coase "La Naturaleza de la Firma" (1937).

Coase muestra que, contrariamente a lo afirmado por los neoclásicos, existe un costo asociado al uso del sistema de precios como instrumento de coordinación entre los actores económicos. Dicho costo - entendido como el precio de llevar a cabo una transacción a través de un intercambio en el mercado - incluye el valor de identificar los precios relevantes, negociar y celebrar un contrato por cada transacción que se lleva a efecto, preveer los efectos de circunstancias cambiantes en el futuro, monitorear el cumplimiento de los obligaciones, asegurar el cumplimiento forzado de éstas en caso de incumplimiento o el pago alternativo de perjuicios.

Empresas, firmas y mercados formales (i.e. mercados bursátiles) emergen para organizar el proceso de intercambio toda vez que el costo de organizar el mismo a través de ellos resulta inferior al costo asociado a un proceso de intercambio directo. A su vez, ellos descansan en otras instituciones que estructuran incentivos y opciones, afectando el comportamiento de los actores y el resultado final del proceso económico. Coase llama a dichas instituciones el Derecho. Otros autores se refieren a ellas como la infraestructura social (Hall y Jones, 1998).

La relación descrita es expresada diagramáticamente en la siguiente figura.

Infraestructura Social	**Incentivos**	**Conducta**	**Desempeño Económico**

Por razones pedagógicas, optaré sin embargo por retomar la función de la producción presentada párrafos atrás y contextualizarla en términos compatibles con la evidencia empírica disponible.

Esto es,

Instituciones	***f* (K,L)**	**Y**
[Fuentes Mediatas]	**[Fuentes Inmediatas]**	

Diversos estudios indican que las instituciones (fuentes mediatas) influyen en el crecimiento económico de manera indirecta a través de su impacto sobre el capital y la productividad (fuentes inmediatas) expresadas en la función de la producción.

Referencias

Arrow, Kenneth, *"Gifts and Exchanges", Philosophy and Public Affairs, I (1972), 343-362* / **Barro, Robert,** *"Getting It Right", The MIT Press, 1996; "Determinants of Economic Growth", The MIT Press, 1997.*
Coase, Ronald, *"The Firm, the Market and the Law", The University of Chicago Press, 1990* / **Friedman, Milton,** *"Capitalism and Freedom", The University of Chicago Press, 1962.* / **Furubotn, Eirik y Richter, Rudolf,** *"Institutions and Economic Theory", The University of Michigan Press, 1998.*
Gambetta, Diego, *"The Sicilian Maffia: The Business of Private Protection", Harvard University Press, 1993.*
Hall, Robert y Jones, Charles, *"Why do some countries produce so much more output per worker than others", NBER's program on Economic Fluctuations and Growth, 1998.* / **Keech, William R.,** *"Economic Politics: The Costs of Democracy", Cambridge University Press, 1996.*
Knack, Stephen y Keefer, Philip, *"Does social capital have an economic payoff", The Quarterly Journal of Economics, November 1997.*
Mercuro, Nicholas y Medena Steven, *"Economics and the Law", Princeton University Press, 1997.*
Wittman, Donald, *"The Myth of Democratic Failure", The University of Chicago Press, 1995* / **North, Douglass,** *"Institutions, Institutional Change and Economic Performance", Cambridge University Press, 1998.*
Ostrom, Elinor, *"Governing the Commons", Cambridge University Press, 1990.* / **Putnam, Robert,** *"Making Democracy Work", Princeton University Press, 1993.*
Rodrik, Dani, *"Globalization, Social Conflict, and Economic Growth", (manuscrito), 1997; "Has Globalization Gone Too Far?", Institute for International Economics, 1997; "Credibility of Trade Reform", The World Bank, 1998.*

Utilizando información que cubre aproximadamente un centenar de países sobre un período de 30 años, Barro (1996, 1997) establece la existencia de una correlación positiva entre imperio de la ley – elemento sustantivo de la infraestructura social - y tasa de crecimiento del producto geográfico bruto.

Para realizar este estudio, Barro incorpora como variable una medida del imperio de la ley confeccionada por Knack y Keefer (1995) en base a un índice de políticas predatorias publicado en la International Country Risk Guide [3] (1986-1995). Dicho índice identifica el estado de un país en materia de (i) ley y orden, (ii) calidad de la burocracia, (iii) corrupción, (iv) riesgo de expropiación, y (v) incumplimiento de contratos por parte del gobierno.

La conclusión alcanzada por Barro es que un estado de derecho plenamente operativo es funcional al crecimiento económico.

Hall y Jones (1998), utilizando el mismo índice de imperio de la ley usado por Barro (Knack y Keefer, 1995) en combinación con el denominado Sachs y Warner índice de apertura al comercio internacional, arriban a conclusiones semejantes a las obtenidas por éste.

El índice de Sachs y Warner establece que un país está abierto al comercio internacional si (i) sus barreras no tarifarias cubren menos del 40% del comercio, (ii) el promedio de sus tasas tarifarias es inferior al 40%, (iii) la prima del mercado negro fue inferior al 20% durante las décadas de 1979 y 1980, (iv) el país no es clasificado como socialista, y (v) el gobierno no monopoliza exportaciones principales. La razón para incluir este índice estriba en el hecho que no sólo la imposición de tarifas y aranceles desvía recursos desde la actividad productiva hacia el gobierno, sino que también genera lucrativas oportunidades asociadas a rent seekers privados. Por esta razón, las políticas de comercio exterior parecen como altamente sensitivas a la infraestructura social.

El resultado obtenido por Hall y Jones es consistente con la hipótesis de que existe una correlación positiva entre la calidad de la infraestructura social (instituciones) y producto per cápita. Suiza, los Estados Unidos y Canadá, dotados con los más altos niveles de infraestructura social se ubican entre los países con un más alto producto per cápita. Por el contrario, Zaire, Haití y Bangladesh se encuentran en ambos respectos en la parte más baja de la escala.

Un enfoque distinto es utilizado por Rodrik (1997).

Analizando la tasa de crecimiento de 92 países entre los períodos 1960-75 y 1975-89, Rodrik identifica a las instituciones de mediación y manejo de conflictos al interior de una sociedad [4] como factores críticos en la transmisión o control de los efectos de shocks externos sobre el desempeño económico.

La tesis de Rodrik es que las sociedades que más se benefician de la integración a los mercados internacionales son aquellas que poseen instituciones domésticas complementarias capaces de manejar y contener los conflictos que la interdependencia económica genera. Su conclusión, tras analizar los datos mencionados, es que aquellos países que experimentaron las caídas más agudas en sus tasas de crecimiento con posterioridad a 1975 fueron aquellos caracterizados por la prevalencia de débiles instituciones de manejo y conflicto de conflictos. Agobiados por los conflictos sociales provocados por shocks externos, dichos países fueron incapaces de llevar a cabo los ajustes en sus políticas fiscales así como en sus precios relativos fundamentales (tales como la tasa de cambio real o los salarios reales) en el momento indicado.

Para cada uno de los países mencionados, la calidad y estructura de sus instituciones se convirtió en un elemento fundamental en la historia de éxitos o fracasos construída desde ese entonces.

[3] Elaborado por Political Risk Services of Syracuse, Nueva York.

[4] Rodrik utiliza indicadores de democracia, calidad de las instituciones de gobierno y gasto público en seguridad social como medidas de la calidad de estas instituciones.

Democracia y Desempeño Económico

Tanto desde un punto de vista teórico como empírico, resulta más difícil evaluar la relación entre democracia y desempeño económico de lo que fue el analizar el impacto que las instituciones presentan sobre este último.

Desde una perspectiva normativa, dos grandes visiones se confrontan una a la otra.

Por una parte, la noción formulada por Friedman en el sentido de que las libertades políticas y las económicas se refuerzan mutuamente. Una expansión de los derechos políticos – más democracia – estimularía el desarrollo de los derechos económicos y por lo tanto aceleraría el crecimiento (Barro, 1997). Asimismo, el alto grado de competencia presente en un mercado político democrático, unido al incentivo que poseen los actores en competencia para proveer información sobre la conducta del adversario, contribuiría a moderar los problemas derivados de la relación agente-principal que domina el sistema democrático, haciendo de la democracia el sistema político más cercano a un mundo sin costos de transacción (North, 1998; Wittman,1995).

Por otra parte, la idea de que el mercado político democrático está caracterizado por asimetrías en el acceso a la información, desigualdad en el acceso a la toma de decisiones, excesiva influencia de grupos de

interés así como por los dilemas propios de la relación entre principal y agente (North, 1998), ha llevado a otro sector de autores a definirlo como un mercado imperfecto y productor de resultados económicamente ineficientes.

Sin perjuicio del hecho de que ambas posiciones representan a lo menos verdades parciales, la evidencia empírica disponible ha servido para sustentar durante los últimos cuarenta años una tercera tesis conocida como la hipótesis de Lipset (Lipset, 1959).

En un artículo publicado en 1959, Seymour Martin Lipset argumentaba que la prosperidad económica estimula el desarrollo de la democracia. Es decir, aún cuando no resultaba posible establecer canales de causalidad desde la democracia hacia el desarrollo económico, sí resultaría posible establecer la relación contraria.

Análisis estadísticos conducidos por Robert Barro sobre una muestra superior a los 100 países entre 1965 y 1990, muestran que países con altos estándares de vida – medidos en ingreso per cápita, mortalidad infantil y educación escolar femenina y masculina – tienden a aproximar mayores niveles de democracia en el transcurso del tiempo (Barro, 1996-1997).

Por el contrario, países con bajos niveles de desarrollo no serían generalmente capaces de sostener la democracia. Los datos estadísticos parecen sugerir que ello es lo que habría ocurrido con las libertades políticas establecidas en los recientemente independizados estados africanos en la década de 1960.

Para Barro, el progreso económico y la libertad política son más la consecuencia de un marco institucional que garantice el respeto de los derechos de propiedad y el funcionamiento de una economía de mercado, que de la expansión y consolidación del sufragio universal. El colapso de los regímenes políticos latinoamericanos en la década de 1970 respondería a esta misma lógica.

Aún cuando afirmado en datos y razonamientos sólidos, el análisis de Barro parece sin embargo limitado por los límites del mismo modelo que utiliza.

En efecto, como mostraré a continuación, existen otros canales a través de los cuales la democracia contribuye al desempeño de una economía.

Recordemos en primer lugar la ecuación que ha guiado este ensayo.

Instituciones	***f* (K,L)**	**Y**
[Fuentes Mediatas]	**[Fuentes Inmediatas]**	

Sabemos que la estructura institucional de un país afecta sus niveles de acumulación de capital físico, capital humano y productividad, impactando por esta vía sobre el producto. ¿Existen canales a través de los cuales un regímen político democrático – en su acepción meramente procedimental – estimula el crecimiento económico de un país?. Si la respuesta es positiva ¿Cuáles son estos canales?.

Estudios conducidos por Tavares y Wacziarg (1996) sugieren que la respuesta a la primera pregunta es positiva. Mejorando el acceso a la educación y reduciendo la desigualdad en el ingreso, un regímen democrático estimula el crecimiento del producto a través de la acumulación de capital humano (L) y el incremento de la productividad.

Analizando una muestra de 52 países entre 1970 y 1989, Tavares y Wacziarg son capaces de establecer que la democracia está asociada con mayores niveles educativos y que éstos, a su vez, están positivamente correlacionados con el crecimiento económico. De hecho, cada año adicional de escolaridad está relacionado con un incremento porcentual de 0.42 en la tasa anual de crecimiento del producto per cápita.

Del mismo modo, la evidencia analizada presenta no sólo una relación negativa entre democracia e inequidad, sino también muestra que un 10% de reducción en el coeficiente de Gini [5] conduce a un incremento porcentual del producto de 0.37.

¿Existen canales a través de los cuales un regímen democrático impacta negativamente sobre el crecimiento?

La respuesta nuevamente sería positiva aún cuando no importante. Alguna evidencia parece indicar que las democracias tienden a ser menos abiertas al comercio internacional que sus contrapartes autoritarias. Como ya he dicho al analizar la relación entre instituciones y crecimiento, la apertura al comercio internacional tiende a fortalecer el crecimiento del producto.

Todos estos canales considerados, Tavares y Wacziarg concluyen que el paso de un sistema autoritario a uno democrático acarrea un incremento porcentual de 0.92 en la tasa annual de crecimiento del producto.

Por otra parte¿Existe algún canal a través del cual la democracia estimule la acumulación de capital físico(K)?

[5] El coeficiente de Gini es una medida de la inequidad de la distribución del ingreso. Su valor máximo es la unidad (1), la cual representa absoluta inequidad, en tanto su valor mínimo es cero (0), representando total equidad.

La respuesta, positiva, requiere sin embargo de precisiones importantes.

En el largo plazo, la estabilidad de las reglas del juego y la calidad del gobierno son dos factores que influyen en la decisión de invertir. Reduciendo la incertidumbre asociada al entorno en el que se desenvolverá la actividad económica, estabilidad y calidad gubernamental incrementan el retorno de las inversiones.

A este respecto, el dato interesante de recoger es el siguiente. Las veinte principales economías del mundo son no sólo aquellas que presentan los mayores grados de acumulación de capital físico (K). Ellas coinciden con los países que párrafos atrás identificábamos como dotados con los mejores niveles de infraestructura social. Más aún, todos ellos son países organizados políticamente en torno a regímenes democráticos (Hall y Jones, 1998).

Sin embargo, la fortaleza del estímulo positivo que la democracia pueda entregar al crecimiento económico - vía estabilidad política - está estrechamente relacionada con la concurrencia de otros factores institucionales.

En el contexto de economías crecientemente interconectadas unas a otras, la capacidad del regímen político para procesar y canalizar las incertidumbres y dificultades asociadas a dicho proceso resulta fundamental para hacer del crecimiento económico una variable sostenible en el tiempo.

De hecho, sabemos que la seriedad y persistencia de los conflictos sociales juega un rol preponderante en la transmisión de los efectos de schocks externos sobre el desempeño económico. Esta idea, planteada por Rodrik (1997) y mencionada líneas atrás, vuelve a cobrar importancia al relacionarla con un régimen democrático.

La hipótesis de Rodrik se expresa en la siguiente ecuación:

$$\textbf{Crecimiento} = \textbf{- schocks externos} \times \frac{\textbf{conflictos sociales latentes}}{\textbf{instituciones de manejo de conflictos}}$$

En este sentido, la capacidad potencial de los regímenes democráticos de mejorar el acceso a la educación y la distribución del ingreso parece un avance importante en términos de estimular un entorno social estable y pacífico. Asimismo, la realización periódica de elecciones permite establecer canales permanentes para dar cauce a las inquietudes y demandas de los sectores más afectados por el proceso de apertura (conflictos sociales latentes).

Sin embargo, aún cuando necesarias, elecciones periódicas libres e informadas no son suficientes para garantizar la estabilidad. Un manejo eficiente de potenciales conflictos sociales requiere asimismo de la implementación de redes sociales de apoyo (salud, educación, previsión), así como de sistemas judiciales y burocracias administrativas capaces de dar respuestas oportunas y pertinentes a demandas sociales crecientes.

Por otro lado, la capacidad de la democracia de impactar positivamente sobre el crecimiento económico está asociada también al grado de desarrollo de instituciones informales asociadas a la confianza y la cooperación.

Arrow (1972, 357) explica esta relación en los términos siguientes. Virtualmente toda transacción, dice Arrow, considera en sí misma un elemento de confianza, ciertamente toda transacción conducida a lo largo de un período de tiempo. Es posible argumentar, agrega, que mucho del retraso económico en el mundo puede ser explicado en términos de una falta de confianza mutua.

Demostrativos son los estudios de Knack y Keefer (1997), quienes en base a datos recopilados por la World Values Survey en 29 países organizados como economías de mercado, concluyen que mayores niveles de confianza interpersonal conducen a un mejor desempeño económico colectivo.

Estudios realizados por Putnam (1993) entre 1970 y 1990 en Italia sugieren que los niveles de confianza y cooperación presentes en una sociedad incrementan sustantivamente la probabilidad de que ésta alcance prosperidad económica. Para Putnam, costumbres y usos basados en el imperio de la confianza servirían para explicar no sólo la calidad del desempeño económico sino también de las instituciones políticas del norte de Italia en comparación con el pobre desempeño del sur de dicho país en los mismos planos.

Como parte de una interacción dinámica, la evidencia presentada por estos autores sugiere finalmente que relaciones de confianza y cooperación son predominantes en países en los cuales las instituciones formales protegen efectivamente los derechos de propiedad y garantizan el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Es decir, la democracia es especialmente capaz de estimular el desarrollo económico cuando es reforzada por instituciones formales eficaces en el manejo de conflictos así como por instituciones informales basadas en la confianza y la cooperación.

Conclusión

El reconocimiento de la importancia de incorporar las instituciones en todo modelo que intente explicar el crecimiento económico de un país, es uno de los avances más relevantes en el pensamiento económico de los años 90.

Las instituciones (infraestructura social) establecen los incentivos que determinan la conducta de los actores económicos, así como disminuyen o incrementan los costos asociados a las transacciones en el mercado (costos de transacción). Por esta vía, ellas contribuyen a determinar los niveles de acumulación de capital físico y humano así como el grado de productividad de una economía, definidos como las fuentes inmediatas del crecimiento económico.

Por otra parte, la existencia de instituciones formales que garanticen el derecho de todos los adultos en una comunidad a votar y competir por un cargo público, así como el derecho de los representantes electos a tener un voto decisivo en materia de políticas públicas – noción procedimental de la democracia – parece también un elemento relevante a la hora de establecer las causas de un crecimiento económico sostenido en el tiempo.

En lo sustantivo, aún cuando limitando el crecimiento por la vía de restringir la apertura a los mercados internacionales, un regímen político democrático tiende a estimular la acumulación de capital humano y el incremento de la productividad al proveer mejor acceso a la educación y estimular una distribución más equitativa del ingreso.

Sin embargo, la capacidad de un regímen político democrático para hacer de la acumulación de capital humano y el incremento de la productividad variables sostenibles en el tiempo, así como de estimular la acumulación también sostenida de capital físico, depende de manera importante de la concurrencia de otros factores institucionales.

En primer lugar, de la existencia de instituciones formales complementarias (i.e. sistema judicial, sistema de seguridad social, burocracia) aptas para manejar y canalizar conflictos sociales inevitables en una economía globalizada.

Y en segundo lugar, de la presencia de instituciones informales asociadas a relaciones de confianza y cooperación, las cuales reduciendo los costos del intercambio económico y promoviendo el involucramiento de los ciudadanos en las decisiones públicas, estimulen no sólo la actividad económica sino garanticen también el ejercicio responsable y eficiente de quienes detentan el poder político.

JUAN ENRIQUE VARGAS V.

Abogado y Magister en Gestión y Políticas Públicas. Director del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Criterios *Económicos* en la *Reforma Procesal* Penal

Hay muchas razones para calificar al actual proceso de reformas a nuestro sistema de justicia criminal como profundamente innovador. Sin dudas las que han sido más destacadas, y objeto de los análisis más acabados, son las que se refieren a los cambios sustantivos que se propone introducir y a la forma cómo estos impactan en el desenvolvimiento de la institucionalidad política del país. En otros términos, la discusión se ha centrado en las ventajas e inconvenientes de sustituir un modelo de justicia penal inquisitivo y escrito por uno acusatorio y oral y en las consecuencias que apareja la "redistribución del poder" político que éste último implica, dada la creación de nuevos órganos, como el Ministerio Público, y el cercenamiento de las facultades investigativas que hoy poseen, al menos en teoría, los tribunales.

Pero hay otras perspectivas o contribuciones que estas iniciativas entregan que no han sido objeto de similar atención. La primera de ellas dice relación con la forma de gestar y llevar adelante el propio proceso de reforma, que ha sido en muchos conceptos inédito. El sector judicial tradicionalmente se ha caracterizado por su casi inmutabilidad, donde los escasos cambios que ha experimentado han obedecido a necesidades y estrategias de corto plazo, habiendo sido ideados y llevados a cabo fundamentalmente por abogados y, las más de las veces, en función de sus propios intereses. Tales transformaciones, por lo demás, han sido escasamente participativas y con un muy reducido o nulo impacto público. En este contexto emerge una reforma con pretensiones refundacionales, sostenida en apoyos que exceden con mucho al gremio de abogados e incluso al propio estado -debe recordarse que su

génesis fue obra de instituciones privadas- y que ha alcanzado una fuerte presencia en los medios de comunicación social.

La segunda contribución relevante de este proceso de reforma que no ha sido siempre destacada reside en la incorporación en ella de objetivos de corte eficientistas y la utilización de un conjunto de instrumentos tecnocráticos en su diseño. Tales objetivos se relacionan con una mejor utilización de los recursos asignados al sistema, no debiendo entonces confundirse con una mayor eficacia en la fase represiva del mismo, que es sólo uno de los factores a tomar en cuenta.

Son precisamente estas dos características nuevas las que convierten a este proceso de reforma en una auténtica intervención con perspectiva de política pública. Pero, en lo que sigue nos concentraremos tan sólo en el segundo de los aspectos apuntados y, especialmente, sobre la congruencia que ellos tienen con la forma como la teoría económica explica el comportamiento humano y lo modela. Trataremos entonces de explicitar ciertos criterios que aunque no siempre se hayan formalizado así han estado tras esta reforma desde sus inicios. Específicamente, veremos cómo –en términos generales- la reforma reconoce el principio económico básico de la escasez, al establecer lo que genéricamente se conoce como el principio de oportunidad, abandonado el de legalidad que hoy nos rige. Nos referiremos a los incentivos diseñados para que haya interés en que este nuevo principio opere en la práctica. Analizaremos luego la forma cómo se ha justificado es más eficiente invertir en el nuevo modelo que en el antiguo. Apreciaremos también la mejor conceptualización del tipo de bien que es la justicia criminal: bien público o privado. Para, finalmente, analizar los cambios organizacionales que acompañan a la reforma. No nos podremos referir a otras modificaciones que ella integra, a las cuales también se les puede dar una lectura económica, como la competencia entre órganos o la mayor publicidad y transparencia, para no extender excesivamente este artículo.

La perspectiva asumida creemos no sólo permite dar cuenta con mayor claridad de algunos de los objetivos perseguidos con los cambios, sino también explica la razón de que ellos hayan concitado apoyos en sectores que tradicionalmente no le han asignado mayor importancia al sistema judicial, para quienes invertir en justicia es casi como botar la plata.

Parece conveniente comenzar este análisis precisamente a partir de dicha idea. Ella da cuenta de un principio básico en la economía, aquél denominado de la escasez, que implica el reconocimiento de que ante necesidades ilimitadas sólo contamos con recursos restringidos. Ello obliga a utilizar con eficiencia y racionalidad tales recursos, destinándolos a su mejor uso alternativo. Sólo entendiendo tal noción básica es posible comprender la del costo de oportunidad del dinero. Es decir, que la decisión de invertir recursos para algo importa privarnos de invertir esos mismos recursos para otro uso. Tal situación, obvia en nuestra vida cotidiana, reiteradamente parecemos olvidarla cuando se trata del fisco. El estado, al igual que nosotros, debe decidir en qué gasta cada peso adicional con que cuenta entre una multitud de usos alternativos. Podrá destinarlo a educación, a salud o a... justicia, dependiendo de en cuál sector tal peso extra genera la máxima rentabilidad o, en otros términos, de donde se le da el mejor uso alternativo a tales recursos.

El principio de la escasez nos obliga entonces, de partida, a reconocer que lamentablemente no estamos en condiciones de satisfacer todas nuestras necesidades, por lo que tenemos que priorizar y escoger de entre ellas a las más importantes y urgentes. Ello lo tenemos claro en materias como la de la vivienda, donde sabemos que con recursos fiscales no podemos construirle una casa a todo el mundo o, al menos, no podemos darle una casa que tenga más allá de ciertas dimensiones mínimas. Otro tanto sucede con la educación e incluso la salud, quizás los dos sectores de mayor relevancia social. Sabemos que no tenemos recursos públicos como para financiarle gratuitamente todos sus estudios a todas las personas, al igual como no podemos poner a disposición de todos ellos los últimos adelantos médicos y a veces ni siquiera lo que podrían ser los estándares mínimos en la disciplina. Tal realidad es válida tanto para un estado grande como para un pequeño, para uno eficiente como para uno negligente. El umbral podrá ser diferente, habiendo entonces distintas concepciones para definirlo, pero igual existe uno y ello es siempre necesario tenerlo presente.

Sin embargo, en el derecho, y particularmente en el derecho penal, una idea tan elemental como esa ha sido permanentemente desconocida e, incluso, combatida. Choca frontalmente contra ella el llamado principio de legalidad, en torno al cual se estructura actualmente el sistema procesal penal, según el cual el estado se compromete a investigar y sancionar todos los delitos que se cometen en el país. Ello no puede sino ser una simple declaración, desprovista de cualquier posibilidad práctica de materializarse, ante la escasez de recursos a que ya nos hemos referido. Lo irreal de esta declaración se comprueba al apreciar las múltiples válvulas de escape que hoy operan en el sistema con carácter informal, es decir sin una reglamentación precisa y, lo que es más grave, sin mecanismos que permitan controlar públicamente su utilización.

No sólo la restricción presupuestaria impide llevar a la práctica esta declaración, sino también el reconocimiento de que no siempre la solución penal es la más adecuada frente a un conflicto. La bondad de una solución, en términos económicos, no puede medirse solamente en función de los beneficios que ella apareja, sino debe hacérselo en términos netos, es decir descontándole a aquellos beneficios los costos que significa implementarla. Así, por ejemplo, el beneficio social de castigar a un delincuente (el efecto intimidatorio sobre él y el resto de la sociedad, más el inhabilitador si es condenado a prisión) debe ponderarse con los costos en que hay que incurrir para ello (no sólo los costos fiscales de investigación y condena, sino los que debe incurrir la víctima e incluso el propio inculpado y su familia). Así, por ejemplo, los beneficios netos para la sociedad de una condena penal pueden ser claros tratándose de un delito grave o de un delincuente peligroso, pero ellos bien pueden ser negativos en el caso de un delincuente primerizo que comete un delito menor. Por lo tanto, lo racional en esos casos es contar con otras soluciones.

Congruentemente con la imposibilidad e inconveniencia de dar respuesta judicial a todos los delitos, el nuevo sistema que se ha propuesto en forma explícita reconoce una serie de salidas para poner término anticipado a los procesos. Tales salidas tienen como característica estar pormenorizadamente reguladas tanto respecto a sus requisitos como a sus efectos y, lo más importante, sobre los medios con los que se puede impugnar, existiendo siempre la posibilidad de reclamar de ellas, ya sea internamente dentro de la jerarquía del Ministerio Público o bien ante el Juez de Garantías. Expresamente se contempla que en algunas de ellas basta la voluntad contraria de la víctima para que el Ministerio Público se vea obligado a seguir adelante con la investigación.

Algunas de estas salidas tienen por fundamento la ausencia de información suficiente para realizar la pesquisa, como el archivo provisional de los antecedentes o el sobreseimiento. Otras, en la escasa importancia del hecho, como el principio de oportunidad en sentido estricto, o en el carácter primerizo del involucrado, como en la suspensión condicional del procedimiento. Los acuerdos reparatorios, que también ponen término al proceso, se justifican en la preeminencia del interés de la víctima sobre el estatal de castigar, en determinados tipos de delitos como los patrimoniales, cuando tal interés de la víctima es adecuadamente satisfecho por el inculpado. Finalmente, también existe la posibilidad de que el proceso aunque termine con una sentencia no lo haga a través del sistema normal del juicio oral ante un panel de jueces. Se trata del procedimiento abreviado que opera previo acuerdo del inculpado y del reconocimiento por parte de éste de los hechos en que se funda la acusación.

Para extraer los mayores beneficios de este catálogo de salidas alternativas, se ha buscado que sean adoptadas en la fase más inicial del proceso en que ello sea posible, evitándose incurrir en gastos innecesarios. Se obvia así el problema actual en que, para aparentar que todas las causas se investigan, mecánicamente se despachan órdenes de investigar en todas ellas

y "se hace" como que se pesquisaran, para sólo mucho más tarde, concluido el sumario, proceder a su sobreseimiento que es, por lo demás, la forma normal de término hoy en día de las causas. Para lograr ello se hace necesario jugar con otro factor muy afín a la economía: el sistema de incentivos. Se ha diseñado un conjunto de ellos que permiten motivar a las partes para acceder a cada una de estas salidas. Así el Minis-terio Público tendrá interés en decretar el archivo provisional de las causas dadas las exigencias y plazos que existen para que responda frente a su demanda de trabajo. La víctima mirará con buenos ojos un acuerdo reparatorio en la medida que satisfaga adecuadamente los daños que le ocasionó el delito. Finalmente, el inculpado querrá renunciar al juicio e ir al procedimiento abreviado en la medida que obtiene un "premio" cierto en términos de calificación del hecho o de magnitud de la condena, frente al riesgo que importa el juicio.

Finalmente, se ha buscado que estas salidas no sólo pongan término a los procesos en forma rápida, a diferencia de lo que decíamos hoy en día sucede, sino que también incorporen algún tipo de respuesta frente al delito que tenga efectos intimidatorios. Así, por ejemplo, en la suspensión se le imponen una serie de condiciones al inculpado que favorecen su resocialización y se establece que en el caso de cometer un nuevo delito será juzgado tanto por éste como por aquél en que operó la suspensión. Otro tanto sucede en los acuerdos reparatorios y en el procedimiento abreviado. Medidas de tal naturaleza son imposibles en el caso del archivo provisional y en el principio de oportunidad, situaciones en que generalmente no alcanza siquiera a haber un inculpado. Pero aún en ellas, el nuevo sistema se preocupa de que la víctima al menos se encuentre informada respecto a lo que sucedió con su denuncia, situación inexistente hoy en día.

Por otra parte, la noción de costo de oportunidad nos obliga a justificar no sólo que es bueno y conveniente invertir en justicia, sino algo que es mucho más difícil aún: debemos justificar que invertir en justicia es mejor que invertir en salud, educación o vivienda. ¿Con qué parámetros se puede tomar una decisión de tal naturaleza? No hay dudas de que se trata de decisiones en última instancia políticas, no es para otra cosa que elegimos a nuestros gobernantes, pero también es cierto que hoy en día existen instrumentos o metodologías que sin alcanzar necesariamente una exactitud científica en sus conclusiones, permiten reducir el margen de discrecionalidad y facilitar así la toma de decisiones mejor informadas y, por ende, más certeras. Tales instrumentos y metodologías se utilizan desde hace tiempo para evaluar las inversiones públicas en casi todas las áreas, pero, hasta la fecha, en la de la justicia no existe un desarrollo suficiente que permita su utilización. Ello significa que las inversiones en ella se encuentran en franca inferioridad al momento de competir con otras. Resulta evidente que los puros argumentos sobre su conveniencia no tienen el mismo peso, a los ojos de un Ministro de Hacienda que es ajeno al tema, que estudios claros respecto a su rentabilidad.

Incluso ya no en competencia con otros sectores del quehacer estatal, sino internamente dentro del sistema judicial, debemos poseer argumentos suficientes para justificar que se inviertan los mayores recursos que importa la reforma en el sistema nuevo y no en el antiguo, pues alguien bien puede levantar la hipótesis de que el sistema antiguo podría ser tanto o más eficiente que el nuevo, siempre y cuando contara con los recursos y las dotaciones que se han presupuestado para éste. Tal es por lo demás la tesis que tradicionalmente se ha sostenido desde el medio jurídico nacional: nuestro sistema procesal es bueno pero no cuenta con recursos suficientes para desempeñarse adecuadamente, por lo que lo único que necesita son más recursos para más tribunales, más personal y mejores remuneraciones. Tal estrategia de "más de lo mismo" es la que combate la reforma, sosteniendo que los problemas actuales no se deben sólo a falta de recursos, sino a un diseño institucional y a una definición de roles inadecuados. Pero, nuevamente, ¿estamos en condiciones de demostrar esto?

En este nivel la reforma procesal penal hace una contribución decisiva para el avance de las políticas públicas en el área, al haberse desarrollado en su apoyo un estudio de costo-beneficio.[1] Tal estudio mide la productividad esperada tanto del sistema nuevo como del antiguo en el supuesto que ambos funcionaran con idéntico presupuesto. Para tal efecto se calcularon los recursos que requerirá el nuevo sistema, para luego ver qué sucedería si esos mismos recursos, que son mayores a los actuales, se destinaran a mejorar al sistema vigente. En otros términos, el estudio arroja información sobre cuál destino de los nuevos recursos que se ha decidido invertir en justicia es más eficiente: en el sistema viejo o en el que se propone.

Para los efectos del estudio se dividió la reforma en cuatro temas. El Tema 1 se dedica a la racionalización de los recursos en la investigación de los delitos, en donde se analizan las implicancias de reconocer la existencia de restricciones técnicas y presupuestarias en la investigación de los delitos. En el Tema 2 se estudia el impacto de la introducción del procedimiento abreviado al sistema de justicia criminal, específicamente en cuanto evita que ciertas causas lleguen a juicio. El Tema 3 está dedicado a la producción de justicia y el costo promedio de ella en ambos sistemas, analizando el impacto económico de la distinta cantidad de "soluciones" que entregan ambos sistemas. Finalmente, en el Tema 4 se estudian las consecuencias de la racionalización en el uso de la privación de libertad, dadas las alternativas que el nuevo sistema contempla a la prisión preventiva y los nuevos límites que para ella impone.

Entre las conclusiones que arrojó el citado estudio se encuentra que, en cifras del año 1992, el nuevo sistema de justicia criminal es un 24% más barato que el sistema vigente, dado que el costo promedio de un delito investigado en el actual sistema es de U$ 721 y de U$ 548 en el nuevo. En términos agregados, el costo total (sumados costos públicos y privados) de investigar adecuadamente la misma cantidad de delitos es de U$ 119 millones en el sistema nuevo y de U$ 339 millones en el antiguo, comprobándose así la mayor eficiencia del primero.

Siguiendo con nuestra mirada económica a la reforma, ella también avanza al acotar el carácter público del bien justicia criminal. En términos económicos, la provisión estatal de un bien se justifica cuando éste, una vez generado, beneficia indistinta y al mismo tiempo a todos o a una parte importante de los sujetos de la comunidad, no existiendo formas para

excluir de tal beneficio a determinados sujetos. Tales son los llamados bienes públicos, como el farol que ilumina una calle, ante los cuales los particulares carecen de incentivos para manifestar su disposición a pagar por ellos, pues esperan que otro lo haga para igual beneficiarse, como hemos dicho, con él. Ese problema, que técnicamente se denomina del free rider o del polizón, lleva, si se quiere contar con una provisión óptima del bien, a que sea el estado el que deba encargarse de ello. Es posible sostener que en tal situación se encuentran la mayoría de las causas criminales, en que no sólo la víctima del delito, sino toda la sociedad, están interesados en el castigo al culpable. Siendo así, se justifica que sea el ministerio público el que, en forma gratuita e independientemente de la voluntad de la víctima, tome a su cargo la investigación. Pero hay delitos en que el interés privado en su castigo es muy superior al público, no justificándose la existencia de un acción pública ni la intervención de los fiscales. En tal categoría se encuentran los delitos de acción privada, consagrados ya en nuestro sistema actual, pero que la reforma amplía incluyendo entre ellos a delitos como el giro doloso de cheques, que anteriormente eran de acción pública.

Finalmente, parte importante de las ganancias en términos de eficiencia que se esperan con la reforma provienen de una muy distinta organización y gestión de los tribunales penales. La reforma sustituye la organización casi feudal de los tribunales actuales en que cada uno tiene su propio territorio de competencia, cuenta con su lugar físico de trabajo y sus propios tribunales. Se persigue en el futuro aprovechar economías de escala en la producción de la justicia, agrupando los tribunales en grandes unidades que con mayor flexibilidad pueden repartirse el trabajo en su interior, en donde se evite la repetición de funciones similares (por ejemplo, habrá un mesón de entrada para un conjunto de jueces) y pasa a ser económica-mente viable colocar a cargo de la gestión de cada tribunal a un administrador con formación profesional para ello. Esta es una de las modificaciones más importantes, pues separa definitivamente las funciones jurisdiccionales, que quedan en manos de los jueces, de las administrativas, a cargo del administrador, desapareciendo así la figura innecesaria del secretario del tribunal.

Tanto el Ministerio Público como la nueva organización de defensa pública que se crean han sido estructuradas también con criterios modernos de gestión, lo que permitirá contar con entidades livianas y desburocratizadas. Incluso se ha propuesto que el régimen laboral de los miembros de estas organizaciones sea el de los empleados privados y, en el caso de la defensa, que parte sustantiva de los fondos públicos destinados al efecto sean ejecutados por estudios jurídicos privados.

En todo el diseño organizacional de las instituciones que intervienen en la reforma ha sido determinante la intervención de expertos en gestión de universidades y empresas consultoras, además del apoyo en técnicas novedosas, como lo fue el software de simulación que permite predecir, en tiempos reales, el comportamiento de los distintos engranajes del nuevo sistema ante diversos escenarios.

La ventaja de contar con este instrumento es que, definidos políticamente los estándares mínimos en cuanto cobertura, tiempo y calidad que se le pedirán al nuevo sistema, deben entonces aceptarse los datos que con toda certeza entrega este modelo de simulación respecto al número de fiscales, jueces y defensores y sus respectivos funcionarios, que se requieren para obtenerlos. Tal antecedente, unido a los diseños organizacionales y al análisis de costo-beneficio, son herramientas de gran poder en la negociación con el Ministerio de Hacienda para el financiamiento de los cambios. Igualmente útiles son en la discusión parlamentaria, pues ellos permiten apreciar, también con precisión, los efectos que en términos de eficiencia y de costos tendrían las distintas modificaciones que se van proponiendo a los proyectos, las que anteriormente se aceptaban o rechazaban sin medirse sus consecuencias.

---

[1] *El estudio fue realizado por Gert Wagner, profesor del Instituto de Economía de la Universidad Católica de Chile; Carlos Valdivieso, gerente de Fundación Paz Ciudadana, y Cristián Riego, profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y director del equipo redactor de los proyectos de reforma procesal penal. Un resumen de este estudio se encuentra publicado en la Revista Contribuciones, Nº3/1996, editada por la Fundación Konrad Adenauer y el Ciedla, Buenos Aires.*