

## Equidad y bienestar general.

### La economía y el bienestar general.

En el análisis económico con que se evalúa una política social, se incluyen necesariamente dos pasos. El primero el **análisis positivo**, determinar los efectos de la decisiones política, es decir que los efectos de la política entran dentro de la valoración. Por ejemplo, para evaluar la norma concerniente a la conducta en el manejo de automóviles, debemos cerciorarnos de la influencia de esa norma en la frecuencia de accidentes. El segundo paso es evaluar los efectos de la política de manera de poder determinar su conveniencia social, esto es, comprometerse con el **análisis normativo**. Este paso está envuelto en el marco de la economía de bienestar. El sello distintivo de la economía de bienestar es que las políticas son valoradas exclusivamente en términos de sus efectos en el bienestar de los individuos. Lo que sea relevante para el bienestar de los individuos, es relevante para la economía de bienestar, y lo que no está relacionado con el bienestar de los individuos está excluido de consideración. El bienestar debe ser entendido ampliamente, para incluir todo lo que concierna a un individuo. Para completar la valoración de una política bajo la economía de bienestar, es necesario sumar la información sobre cada bienestar individual para formar un juicio social general. Debido a que bajo la economía de bienestar la evaluación de una política depende de cómo influencia al bienestar de los individuos y a ninguna otra cosa, el último juicio sobre una política bajo la economía de bienestar es clara en los casos en que todos los individuos mejoran o todos empeoran a causa de la política. Cuando, sin embargo, algunos individuos ganan y otros pierden bajo una política, cuando la política afecta la distribución del ingreso y el bienestar, la aproximación de la economía de bienestar requiere que uno haga un juicio distributivo. Pero la valoración bajo la economía de bienestar todavía está basado exclusivamente en cómo la política afecta el bienestar de los individuos.

Consideremos un ejemplo para ilustrar más concretamente cómo es conducido el análisis económico de bienestar de una política legislativa. Supongamos que un intérprete desea comparar un régimen de responsabilidad basado en la negligencia para accidentes automovilísticos con un sistema de seguros de responsabilidad sin culpa.<sup>1</sup> Inicialmente, el intérprete se comprometería en el análisis positivo, que supone identificar las diferencias en los efectos de los regímenes; bajo la economía de bienestar, las diferencias relevantes

---

<sup>1</sup> Es lo que en teoría de seguros se refiere como no-fault insurance.

son aquellas que afectan al bienestar de los individuos. De esta manera, el intérprete examinaría la influencia de la responsabilidad sobre la conducta de manejo, tomando en cuenta que la responsabilidad crea incentivos para manejar de una forma segura, que estos incentivos son mitigados por el seguro de responsabilidad del conductor y otros factores. También, el intérprete consideraría que los incentivos importantes para manejar de una forma segura existen aún bajo un régimen de responsabilidad sin culpa, es decir, las preocupaciones de los conductores sobre daños que pudieran sufrir y sobre leyes de tránsito. Al mismo tiempo, el intérprete identificaría los efectos de los dos regímenes en los riesgos financieros que los individuos soportan. Bajo el régimen de negligencia, las víctimas de accidentes automovilísticos recibirían compensación a través del sistema legal cuando sufren un daño debido a la negligencia de otros, y el alcance de la compensación dependería de la capacidad de pago del conductor y de lo que cubra el seguro de responsabilidad; por supuesto, las víctimas pueden también poseer su propia cobertura aseguradora. Bajo un régimen de responsabilidad sin culpa, todas las víctimas serían compensadas a través de una cobertura aseguradora. Sin ir más lejos, el intérprete compararía la suma de los costos administrativos bajo los dos regímenes, esto es, los costos de litigio más los costos privados de seguro bajo el régimen de negligencia, frente a los costos de seguro bajo un régimen de responsabilidad sin culpa. En particular los altos costos judiciales y el retardo en la solución del conflicto en una justicia extremadamente recargada de trabajo.

Luego de identificar los varios efectos de los dos regímenes en el bienestar de los individuos, el intérprete que emplee la economía de bienestar los combinaría para hacer una evaluación general de los regímenes. Por ejemplo, si los individuos tienden a parecerse, es decir a manejar en periodos de tiempo similares, si tienen pautas de comportamiento similares y están sujetos a iguales riesgos de accidentes, el intérprete simplemente determinaría el costo y beneficio neto de cada sistema y elegiría al que produzca el mayor beneficio neto por persona. Si, sin embargo, los individuos difieren en aspectos relevantes, el intérprete también consideraría temas distributivos. Supongan, por ejemplo, que adoptar un régimen de responsabilidad sin culpa produciría grandes ganancias para la clase alta y la clase media y resulta en pequeñas pérdidas para los pobres, y que el intérprete viera negativamente este efecto distributivo. Luego el intérprete favorecería el régimen de responsabilidad sin culpa sólo si el efecto adverso en la distribución fuera modesto en comparación con sus otros beneficios, o si hubiera otra forma (notablemente, a través de impuestos y programas de transferencia) de compensar a los pobres. Bajo la economía de bienestar, el intérprete consideraría estos y otros factores relevantes para el bienestar de los individuos, pero el intérprete no tendría en cuenta factores que no influyeran en el bienestar de los individuos. Particularmente no tomaría en cuenta si

la responsabilidad bajo la norma de negligencia es requerida por la justicia correctiva u otras nociones de equidad que algunos le brindarían un significado autónomo.

## **1. El bienestar de los individuos**

Bajo la economía de bienestar, las evaluaciones normativas están basadas en el bienestar de los individuos. Los economistas a menudo utilizan el término “utilidad”<sup>2</sup> para referirse al bienestar de un individuo y, cuando hay incertidumbre acerca de eventos futuros, los economistas usan una medida ex ante de bienestar, “utilidad esperada”. La noción de bienestar usada en la economía de bienestar es amplia por naturaleza. Incorpora de una manera positiva todo lo que un individuo puede valorar, bienes y servicios que el individuo puede consumir, comodidades sociales y ambientales, nociones personales de satisfacción, sentimientos de simpatía hacia otros, etc. Similarmente, el bienestar de un individuo refleja de una manera negativa los daños hacia su persona o sus pertenencias, costos e inconveniencias, y cualquier otra cosa que el individuo pueda encontrar desagradable. Notamos que el concepto de bienestar, que cubre situaciones de incertidumbre, incorpora el valor de la protección contra el riesgo. De acuerdo con esto, el bienestar generalmente aumenta por la disponer de un seguro y otros medios de compensación, incluyendo el resarcimiento legal por daño.

En el lenguaje económico, los individuos generalmente son adversos al riesgo y, de esta manera, mejoran por el seguro, o el seguro implícito, contra el riesgo financiero. Existe la posibilidad de que los individuos tengan una preferencia por una noción de equidad, tal como puedan tener gusto por el arte, la naturaleza, la literatura. Por ejemplo, un individuo puede derivar el placer de saber que los delincuentes reciben sus merecidos castigos (independientemente de los efectos anticipados de castigo en la incidencia del crimen) o que las normas jurídicas reflejan su concepción de equidad. En tales casos, satisfaciendo el principio de equidad se acrecienta el bienestar del individuo, así como también lo acrecentaría satisfaciendo su preferencia por un beneficio cualquiera. Como consecuencia, la importancia económica de bienestar de la equidad depende de cuáles son las preferencias de los individuos y envuelve una pregunta que es enteramente empírica en su carácter; las visiones de los filósofos y de los analistas políticos con nociones de equidad son irrelevantes. Sin embargo, los juristas, los intérpretes políticos, los filósofos y otros que invocan nociones de equidad cuando valoran la política legal no perciben que sus argumentos y preocupaciones estén dentro de las **preferencias reales de los individuos**. En vez, creen que las nociones de equidad deberían servir como principios autónomos para ser

---

<sup>2</sup> Ver en este aspecto la obra de Richard Posner, El análisis económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica.

utilizados en la valoración de la política legislativa. Por lo tanto, **la función de las nociones de equidad bajo la economía de bienestar, solamente como una preferencia que los individuos puedan tener, es diferente del papel de las nociones de equidad como un valor en sí mismo.** Usualmente asumimos que los individuos comprenden cómo las variadas situaciones afectan su bienestar y no hay ninguna base para nadie para cuestionar su concepción de que es bueno para ellos.

## **2. El bienestar social y el bienestar de los individuos**

Bajo la rúbrica de la economía de bienestar, la concepción de bienestar social está basada en el bienestar de los individuos. Específicamente, el bienestar social se postula como una función en crecimiento del bienestar de los individuos sin depender de ningún otro factor. Se supone que generalmente cada bienestar de los individuos afecta el bienestar social de una manera simétrica, lo que equivale a decir que la idea de bienestar social incorpora la noción básica de igual preocupación por todos los individuos. En diferentes aspectos, la aproximación de la economía de bienestar, envuelve juicios de valor.

Primero, los juicios de valor sirven de fundamento para asumir que el bienestar social depende del bienestar de los individuos, que esta dependencia es positiva, y que los factores no relacionados al bienestar de los individuos son irrelevantes. En otras palabras, adoptar la economía de bienestar es adoptar la posición moral que a uno debería preocuparle, positiva y exclusivamente, con el bienestar de los individuos. Además, debido a que los intérpretes generalmente asumen que cada bienestar del individuo afecta el bienestar social de una manera simétrica, se entiende que la economía de bienestar incluye, como nosotros decimos, un requerimiento de que los individuos cuentan de igual manera en un sentido importante.

Segundo, un método de sumatoria es necesariamente un elemento de la economía de bienestar, y los juicios de valor están incluidos en la suma de los diferentes bienestares del individuo que forman una medida única de bienestar social. La elección de la sumatoria envuelve la noción de una perspectiva concerniente a cuestiones de distribución. Varios métodos de sumatoria son posibles. Por ejemplo, bajo la visión utilitarista, el bienestar social es la suma de las utilidades de los individuos. Alternativamente, al bienestar de los individuos que empeoraron se les puede dar peso adicional, como en la aproximación de John Rawls, donde el bienestar social corresponde a la utilidad de los individuos que empeoraron. El análisis político-legal debería ser guiado por referencia hacia una manera coherente de sumar los bienestares de los individuos, en vez de ser guiado por nociones de equidad que no contemplen, al menos en parte, el bienestar de los individuos.

### **3. Comentarios sobre el bienestar social y la distribución del ingreso.**

¿Cómo encajan las preguntas acerca de la distribución del ingreso en el marco de la economía de bienestar? Sobre todo, debido a que la relevancia de la distribución del ingreso bajo la economía de bienestar contrasta mucho con la perspectiva común de que la distribución del ingreso no es importante bajo el análisis económico-normativo de la ley. El punto es que muchas preocupaciones básicas sobre la distribución general del ingreso están abarcadas por la aproximación económica de bienestar. Esto puede verse en las implicancias del hecho de que el bienestar social depende del bienestar de los individuos.

Primero, la distribución del ingreso importará al bienestar social porque un peso de ingreso aumentará la utilidad de algunos individuos más que de otros. Notablemente, la redistribución del ingreso desde los ricos hacia los pobres tenderá a aumentar el bienestar social, asumiendo que la utilidad marginal del ingreso es mayor para los pobres que para los ricos.

Segundo, la distribución del ingreso puede importar al bienestar social porque afecta la distribución del bienestar y, bajo la aproximación económica de bienestar, el bienestar social puede depender directamente en cómo el mismo bienestar es distribuido entre los individuos. Se le puede dar más peso al bienestar de los individuos menos pudientes, en que el bienestar social tendería a ser más alto si el ingreso fuera redistribuido de los ricos hacia los pobres (independientemente de si la utilidad marginal del ingreso de los pobres fuera mayor que la de los ricos).

Tercero, la distribución del ingreso puede importar al bienestar social porque algunos de los bienestares de los individuos pueden depender directamente de la distribución del ingreso, como cuando los individuos tienen simpatía hacia aquellas personas menos afortunadas.

La eficiencia es un concepto que captura los efectos agregados de las políticas en el bienestar de los individuos, y las invocaciones de eficiencia deberían verse como vínculos de las preocupaciones por el bienestar de los individuos en vez de cortesías a algunas nociones técnicas o contables. Además, el hecho de que la eficiencia no refleje una preocupación por la distribución del ingreso indica que la eficiencia, como la salud, es sólo una medida de poder del bienestar social, y una medida que es incompleta en un sentido importante.

#### **La equidad.**

## **La naturaleza básica de las nociones de equidad.**

Las nociones de equidad que incluyen ideas de justicia, de derechos, y conceptos relacionados, proveen justificación y lenguaje para decisiones político-jurídicas. Por ejemplo, bajo la justicia correctiva, un individuo que injuria erróneamente a otro debe compensarlo. Bajo el principio de mantener la promesa, los individuos deben mantener sus promesas, y por extensión deben cumplir con sus contratos. Bajo la justicia retributiva, el castigo debe ser proporcional a la gravedad de los actos erróneos, y las sanciones penales deberían coincidir con los crímenes cometidos. A pesar de que no parece posible aducir una definición general de las nociones de equidad porque son muchas y muy variadas, podemos identificar una característica que es común a todas las nociones de equidad.<sup>3</sup>

Las nociones de equidad tienen la propiedad de que las evaluaciones que confían en ellas no están basadas exclusivamente, y a veces no son para nada dependientes, en cómo las políticas jurídicas afectan al bienestar de los individuos. De hecho, algún análisis basado en nociones de equidad es enteramente no consecuencialista, en que no depende de ningún efecto de las normas jurídicas. En tales casos, se sigue automáticamente de que el análisis basado en la equidad es independiente de los efectos de las normas jurídicas en el bienestar de los individuos.

Para ilustrar esta característica básica de las nociones de equidad, se puede profundizar en el principio clásico de la justicia correctiva, que requiere que una persona que erróneamente daña a otra compense a la víctima. La aplicación de este principio de equidad depende de una descripción de circunstancias de un evento adverso: se examina la conducta de una persona para ver si fue errónea y causó daño, y, si fue así, el principio requiere que una persona pague una compensación a la víctima. La determinación de qué tratamiento es justo no depende, como lo haría bajo la economía de bienestar, de cómo ese tratamiento influenciará la conducta del individuo y, en consecuencia, de cómo tal conducta afectará el bienestar del individuo. Se sigue de esta caracterización del análisis normativo basado en la equidad y nuestra principal descripción de la economía de bienestar que las dos aproximaciones están potencialmente en conflicto: a la economía de bienestar le conciernen exclusivamente los efectos en el bienestar de los individuos, mientras que a las nociones de equidad como al principio de la justicia correctiva que hemos estado discutiendo no le conciernen tales efectos.

El análisis basado en tales nociones de equidad es adoptado por algunos académicos jurídicos y por filósofos deontológicos estrictos, particularmente Kant. Sin embargo, en la realidad, la mayoría de los

---

<sup>3</sup> Cf. Kaplow & Shavell, *Fairness versus Welfare*. Op.cit.

intérpretes de las políticas legislativas que atribuyen importancia a las nociones de equidad, sostiene perspectivas normativas mixtas. Esto es, no sólo la mayoría da peso a las nociones de equidad, sino que sitúa al peso y tal vez peso significativo, en cómo las políticas jurídicas afectan el bienestar de los individuos - ya sea porque entienden que el bienestar de los individuos está comprendido por las nociones de equidad, o porque consideran que tanto la equidad como el bienestar de los individuos pueden alcanzar un juicio definitivo. **Uno ciertamente podría definir más ampliamente las nociones de equidad, para incluir también principios que son equivalentes a aquellos de la economía de bienestar.** Además, las nociones de equidad son a menudo invocadas no como principios evaluatorios en su propio derecho, pero como métodos prácticos o principios de poder que pueden ayudar a identificar las normas jurídicas que acrecientan el bienestar de los individuos (por ejemplo, si los actos erróneos son usualmente actos dañinos, una práctica de penalización a aquellos que cometen actos erróneos tenderá a detener la actividad dañina).

Podemos emplear la terminología de “nociones de equidad” para referirnos solamente a principios que le den peso a factores que son independientes del bienestar de los individuos. Dirigimos nuestra crítica al análisis basado en la equidad, en aquellas circunstancias en las que las normas jurídicas que son elegidas cuando se le da peso a las nociones de equidad, difieren de las normas jurídicas que serían seleccionadas bajo la economía de bienestar. Algunos aspectos problemáticos de concepto, su naturaleza no consecuencialista y carácter ex post de muchas de las nociones de equidad.

### **El significado de justicia**

Es difícil, frecuentemente, averiguar lo que los intérpretes quieren decir cuando discuten la equidad de las normas jurídicas. Los intérpretes a menudo utilizan palabras como “justicia” sin definir las (por ejemplo, cuando discuten la ley de tortura, los intérpretes pueden simplemente remarcar que una norma o resultado es “justo” o “injusto”, dejando que el lector adivine qué significa eso). Además, cuando los intérpretes proveen alguna elaboración de sus conceptos, sus explicaciones están a menudo incompletas en aspectos importantes. Pueden, por ejemplo, referirse a la justicia correctiva pero fallar en articular qué constituye un mal, a pesar de que hacer el mal es una condición principal para requerir compensación bajo la justicia correctiva. Además, muchos intérpretes no proveen una base para determinar el alcance de la aplicación de las nociones de equidad. Con relación a esto, los intérpretes raramente explican cómo resuelven los conflictos que afloran entre las diferentes nociones de equidad que pueden surgir en una situación.

### **El carácter no consecuencialista**

La adhesión a las nociones de equidad no consecuencialistas parece levantar una tensión básica con lo que uno imaginaría como la motivación implícita de los intérpretes de preocuparse por la equidad. A saber, si las consecuencias son ignoradas, la cantidad de equidad o inequidad también es ignorada. Para ilustrarlo, un principio de equidad puede favorecer una norma legal que prevenga a los vendedores de los compradores en desventaja de alguna manera, a pesar de que la norma resulte en que los compradores sean perjudicados aún más, teniendo en cuenta que pagarán por la protección a través de precios más altos. Uno debería preguntarse si ese resultado es realmente justo para los compradores. O considerar la noción de la justicia retributiva que llama al castigo correspondiente para el acto erróneo. Es posible que un nivel más alto de castigo reduzca o elimine la ocurrencia de males. Presumiendo que la demanda por el castigo de la teoría sea motivada por el mal asociado con el hecho de hacer mal (esto es, los actos erróneos son por sí mismos injustos), debería ser problemático que la insistencia en el castigo justo hiciera evitable hacer el mal (también, cualquier injusticia asociada con la imposición de un castigo más alto es mitigada por el hecho de que un castigo más alto pueda ser impuesto, si alguna vez lo es). Como resultado, hay autores que no se inclinan a prestar atención a los efectos de las normas jurídicas aún cuando a tales efectos les concierne la incidencia de la misma injusticia.

### **El carácter ex post.**

Encontramos que la mayoría de las nociones de equidad reflejan una perspectiva ex post sobre las situaciones bajo examen, en contraste con la aproximación inclusiva de la economía de bienestar. Las nociones de equidad son típicamente utilizadas para alcanzar conclusiones basadas en situaciones concretas de acontecimientos. Es a menudo cierto - particularmente en contextos jurídicos - que un aspecto importante de los hechos bajo examen es lo que realmente ha sucedido. Esto es, las valoraciones son usualmente hechas desde una perspectiva ex post. De esta manera, cuando nos preguntamos qué norma es justa en un contexto de accidente entre el injuriador y la víctima, se asume generalmente que un accidente, de hecho, ocurrió. Examinando soluciones para una ruptura de contrato, el foco se centra en aquellos casos en los que hay verdaderamente una ruptura. Cuando determinamos qué castigo es justo para un penal convicto, la discusión da por sentado que el penal ha sido capturado. En este aspecto, **los intérpretes orientados hacia la equidad tienden a focalizarse en resultados particulares.** Además, estos resultados son a menudo improbables, dados los actos en cuestión (la mayoría de las instancias la negligencia no causa accidentes; para muchos tipos de delitos, la mayoría de los delincuentes no es capturada).

Además de dirigir la atención a resultados particulares y a veces improbables, el análisis basado en nociones de equidad

frecuentemente ignora aspectos importantes del comportamiento ex ante que bien pueden ser responsables por los resultados finales. Los individuos seleccionan qué nivel de cuidado tomar, que afecta la probabilidad de los accidentes; deciden si participan en contratos (y a qué precio) y si hacen una ruptura; y eligen si cometen actos penales. Cada una de estas decisiones, además, puede probablemente ser influenciada por la norma legal que los actores anticipen será aplicada ex post, y las nociones de equidad están siendo utilizadas para seleccionar estas normas jurídicas. De esta manera, en aspectos importantes, muchas nociones de equidad se focalizan en consecuencias particulares e ignoran o valoran por debajo del nivel otros posibles aspectos relevantes de la situación bajo examen. En este sentido, los juicios alcanzados bajo nociones de equidad están basados en caracterizaciones incompletas de situaciones.

En contraste, la economía de bienestar, toma en consideración cualquier efecto de una norma legal que sea pertinente para el bienestar de cualquier persona. De acuerdo a esto, la conducta ex ante, todos sus posibles resultados, y los efectos potenciales de las normas jurídicas son características centrales que son examinadas bajo el análisis de la economía de bienestar. A priori, una aproximación económica de bienestar para la valoración política parecería superior a una basada en nociones de equidad hasta el punto en que la primera refleja una consideración completa de los factores que son plausiblemente relevantes y la última no. Ambas aproximaciones a menudo conducen a diferentes prescripciones políticas, precisamente en aquellos casos en que la perspectiva ex post implícita en el análisis basado en la equidad, omite una importante consideración que captura el análisis económico de bienestar. Por ejemplo, las nociones de equidad correspondientes a las soluciones para la ruptura de contratos, parecen llevarnos por mal camino, en parte porque no toman en consideración que los remedios que parecen justos ex post, tenderán a conducir a las partes a que se ajusten a otros términos de contrato (como el precio de contrato) ex ante en una forma que anule o incluso revierta el efecto aparente de la norma legal que parecía ser justa, o cambiar las decisiones de las partes para participar de contratos o romper con ellos en primer lugar. Cuando se establecen niveles justos de castigo, la aplicación estándar del principio de proporcionalidad bajo las teorías de justicia retributiva, tiende a ser problemática precisamente en aquellos casos en que la probabilidad de detención es baja. En tales casos, los castigos que parecen injustamente altos ex post (esto es, aplicados a aquellos pocos delincuentes que son capturados) pueden de hecho ser moderados o bajos en un sentido esperado, lo que es relevante si los penales potenciales elegirían cometer crímenes y si las sanciones deberían ser vistas como injustamente altas.

De esta manera, cuando las nociones de equidad y la economía de bienestar favorecen a las distintas políticas jurídicas, argumentamos

en muchos contextos que las prescripciones de la economía de bienestar son más apremiantes porque reflejan una valoración más completa y precisa de lo que lo hacen, de hecho, las normas jurídicas. Por supuesto, una forma de análisis que contabiliza un rango más amplio de los efectos de las normas jurídicas y que determina sus efectos de una manera más precisa, es superior sólo si los efectos verdaderos de las normas jurídicas son juzgados relevantes en primera instancia. Muchos, o todos. los efectos de las normas jurídicas son considerados como irrelevantes bajo muchas nociones de equidad, especialmente aquellas nociones adelantadas por los filósofos morales deontológicos. Esta perspectiva no puede ser defendida una vez que sus implicancias son enteramente entendidas.

La perspectiva ex post de muchas nociones de equidad ayuda a explicar su amplio atractivo. Cuando los intérpretes políticos o miembros del público en general consideren que la norma parezca justa en una situación dada, tendemos a focalizarnos en qué sucedió de hecho, ya que eso es lo que vemos en el caso expuesto ante nosotros. No tendemos a concentrarnos en lo que no sucedió (aún cuando eso pudo haber sido, ex ante, un resultado más probable), y no observamos directamente la situación de elección ex ante y cómo la conducta puede diferir en el futuro como una consecuencia de la norma legal que elegimos aplicar a la situación que tenemos en mano. Esta tendencia a focalizarnos en lo que sobresale - y en particular, en lo que verdaderamente ocurrió - está relacionado con inclinaciones cognitivas familiares y prevalecientes.

Debido a que la aplicación de muchas nociones de equidad parece encajar en el patrón de cierto tipo de errores en el proceso mental, la psicología cognitiva parecería ofrecer una explicación parcial para el aparente atractivo del análisis basado en la equidad. Como un hecho normativo, sin embargo, si el atractivo de las nociones de equidad, cuando están en conflicto con la economía de bienestar, deriva de la cantidad de errores en juicio, no hay base para dar peso a las nociones como principios evaluatorios autónomos, para ser perseguidas a expensas del bienestar de los individuos.

Las nociones de equidad dominantes pueden tener un significado y aplicación inciertos, pero tal vez, versiones más elaboradas o un tanto diferentes de las nociones podrían ser desarrolladas y se podría crear un sistema para resolver conflictos entre ellos. Además, si se dieran cuenta de las consecuencias de las normas jurídicas y reflejaran una perspectiva que incorporara todos los factores posiblemente relevantes, tales nociones de equidad modificadas no estarían sujetas a las dificultades que identificamos. De todos modos, la aparente existencia de deficiencias internas serias todavía no reconocidas en muchas nociones de equidad sugiere que, a pesar de su distinguido linaje, estas nociones no han recibido un escrutinio riguroso y suficiente. Lo que es más, este tipo de problemas en sí mismos

levantan preguntas sobre la posibilidad de justificaciones para las nociones. Bajo las nociones de equidad, las normas jurídicas todavía serían evaluadas basándose en factores que son independientes del bienestar de los individuos.

### **El argumento en favor de la economía de bienestar.**

Basando la evaluación de las normas jurídicas enteramente en la economía de bienestar, se deriva en la característica fundamental de la valoración basada en la equidad: tal valoración no depende exclusivamente en los efectos de las normas jurídicas sobre el bienestar de los individuos. Como consecuencia, satisfacer las nociones de equidad puede empeorar a los individuos, esto es, reducir el bienestar social. Además, los individuos empeorarán en general cada vez que la consideración de la equidad lleve a la elección de un régimen diferente a aquel que hubiera sido adoptado bajo la economía de bienestar porque, por definición, ambas aproximaciones están en conflicto cuando un régimen con un mayor bienestar general es rechazado sobre las bases de la equidad. Este punto toma fuerza cuando el análisis basado en la equidad conduce a la elección de normas jurídicas que reducen el bienestar de cada individuo. En particular, en contextos simétricos - aquellos en que todos los individuos están idénticamente posicionados (por ejemplo, en un marco de accidentes el que todos son parecidos y pueden ser agresores o víctimas) - siempre se da el caso que todos empeorarán cuando una noción de equidad conduzca a la elección de una norma legal diferente de aquella elegida bajo la economía de bienestar. La explicación para este resultado se da a continuación. Debido a que todos están idénticamente posicionados, cada vez que la economía de bienestar lleve a la elección de una norma en vez de otra, todos deberían estar mejor bajo la norma preferida. Así, cada vez que una noción de equidad lleve a la elección de una norma diferente de aquella favorecida bajo la economía de bienestar, todos necesariamente estarán peor. De hecho, la posibilidad de que persiguiendo una noción de equidad pueda hacer que todos empeoren, está siempre presente (ya sea que la noción se aplique o no en contextos simétricos): puede ser demostrado que adherir consistentemente a cualquier noción de equidad, a menudo acarreará favorecer a regímenes en los que cada persona va a empeorar.

El hecho de que cualquier noción de equidad a veces hace que todos empeoren, levanta una pregunta: ¿para quién está uno siendo justo? Observamos que la siguiente conclusión es importante para valorar la solidez de una noción de equidad más allá de que la búsqueda de la noción haga de hecho que todos empeoren en el marco particular bajo consideración o cuán a menudo eso se daría. Enfatizamos esta observación por la creencia común entre los intérpretes políticos de que el principio de Pareto - que sostiene que uno siempre debería favorecer una política con la que todos mejoren - tiene poca relevancia

en la toma de decisiones políticas debido a que raramente será cierto que una norma legal hará literalmente mejor a todos que otra norma. El argumento es el siguiente: **a pesar de que la adhesión al principio de Pareto no pueda determinar directamente elecciones políticas en la mayoría de las situaciones reales, de todos modos tiene implicancias poderosas para el posible criterio a emplear para hacer elecciones políticas.** Esto es, si uno adhiere a la perspectiva de que no puede ser normativamente bueno hacer que todos empeoren, entonces la consistencia lógica requiere que uno no le pueda dar peso a las nociones de equidad en el análisis normativo porque hacer eso acarrea la proposición contraria de que a menudo es normativamente deseable adoptar una política que haga que todos empeoren.

También deseamos observar que el caso simétrico - en que las nociones de equidad hacen que todos empeoren cada vez que sus prescripciones difieren de las de la economía de bienestar - discutiblemente, tiene un significado especial bajo un número de principios del análisis normativo ampliamente respaldados. En particular, sugerimos que, sobre este examen, el imperativo categórico de Kant y la construcción de un velo de ignorancia pueden ser tenidos en cuenta para implicar el requerimiento de que todos los principios normativos sean evaluados en un marco simétrico. La razón es que se entiende que el análisis normativo procede desde una perspectiva desinteresada, que puede hacerse explícita imaginando que uno puede ser igualmente seleccionado para cualquier rol posible, que uno ocupará cada uno y todos los roles, o una asunción equivalente - y precisamente son los marcos simétricos quienes tienen esta propiedad. De esta manera, nuestro argumento de que seguir a las nociones de equidad siempre hace que todos empeoren en marcos simétricos (cada vez que hay un conflicto con las prescripciones de la economía de bienestar) postula un desafío irreconocible pero real para aquellos que consideran apremiantes los tipos de teorías morales recién descritas y (como muchos hacen) también avanzar sobre las nociones de equidad. Parecería que tales autores deben sistemáticamente favorecer las nociones que siempre hacen que todos empeoren en el tipo de marco que ellos creen debería ser utilizado para evaluar conceptos morales, o que ellos deben abandonar sus nociones de equidad en favor de la economía de bienestar.

La conclusión de que en algunas circunstancias todos los individuos empeorarán como consecuencia de la búsqueda de cualquier noción de equidad revela que el análisis basado exclusivamente en la equidad es opuesto al bienestar humano en el nivel más básico. Es cierto que es virtualmente una tautología aseverar que la evaluación basada en la equidad acarrea cierto tipo de reducción en el bienestar de los individuos, ya que las nociones de equidad son principios de evaluación que dan peso a factores no relacionados al bienestar de los individuos.

## **Sobre la razón de ser de las nociones de equidad.**

Siguiendo con las nociones de equidad, cada vez que ellas favorecen a políticas diferentes de aquellas aprobadas por la economía de bienestar, conduce a reducciones en el bienestar de los individuos. Por esto, es especialmente importante explorar cuál es la razón de ser de las nociones de equidad.

Tomando el principio de la justicia correctiva, bajo el que los hacedores del mal compensan a las víctimas por el daño causado, independientemente de si el hecho de requerir dichos pagos reduce el bienestar de los individuos, su otra característica única es que en ciertos marcos favorece a algunos tipos de individuos basándose solamente en características determinadas por elementos al azar que parecen moralmente arbitrarios desde cualquier perspectiva posible.

Finalmente, algunos argumentos de equidad parecen estar implícitamente motivados por las circunstancias de un grupo específico de personas (como víctimas de actos erróneos). Pero como citamos arriba, perseguir una noción de equidad puede hacer literalmente que todos empeoren, necesariamente incluyendo a cualquiera cuya situación difícil haya motivado la noción de equidad en primer lugar. A tal respecto, no sería sorprendente que, bajo esta reflexión, sea difícil identificar razones de ser de las nociones de equidad: a la mayoría de las teorías morales parece concernirle los individuos de alguna manera, mientras que, por definición, a las nociones de equidad les conciernen los factores que no están relacionados con y así (cuando difieren de la economía de bienestar), opuestos, al bienestar de los individuos.

## **Nociones de equidad y normas sociales.**

Exponemos que a menudo hay una correspondencia entre las nociones de equidad que son utilizadas como principios autónomas para la evaluación de normas jurídicas y varias normas sociales que guían a los individuos comunes en sus vidas cotidianas.

Los individuos comunes rutinariamente ocasionan que las normas sociales determinen cómo deberían comportarse en sus vidas cotidianas. Muchas nociones de equidad empleadas para valorar las normas jurídicas corresponden a estas normas sociales. Por ejemplo, la teoría de mantener las normas sobre contratos puede ser identificada con la norma social de que los individuos deben cumplir sus promesas. Las nociones de la justicia correctiva en la tortura y la justicia correctiva en la ley penal parecen estar íntimamente relacionadas con las normas sociales en no dañar a otros y en hacerse responsables cuando sucede eso. Además, estas nociones de equidad contienen límites sobre qué sanciones son apropiadas (el castigo

debería encajar con el crimen en vez de ser excesivo), que son parecidos a límites encarnados en las normas sociales (reacciones adversas a males deberían ser proporcionales, para evitar que ellas mismas se conviertan en males). Las normas sociales tienden a ser reguladores valiosos de la conducta de cada día por dos razones.

Primero, la presencia de normas sociales internalizadas contra la mentira, hurto o el hecho de tirar basura, por ejemplo - reduce la incidencia de la conducta egoísta e indeseable. Los individuos tendrán un motivo para seguir a las normas sociales si aquellos que las violan experimentan sentimientos de culpa y obtienen la desaprobación social, mientras que aquellos que las respetan se sienten virtuosos y reciben halagos de otros. Esto es, cuando un principio es encarnado en una norma social internalizada, existe un sistema de premios y castigos interno, y premios y castigos externos relacionados (aún extrajurídicas) - en la forma de aprobación y desaprobación social - que sirve para inducir a los individuos a comportarse de acuerdo al principio. Si, en cambio, los individuos no estuvieran constreñidos por las normas sociales, sus tendencias egoístas los llevarían más a menudo a actuar de forma oportunista, como mentir cuando pueden ganar algo, robar cuando son más fuertes que su víctima, o tirar basura a su conveniencia. De esta manera, las normas sociales pueden jugar un rol importante en canalizar la conducta de los individuos de una forma deseablemente sociable. Sentimientos de culpa o de atropello, por ejemplo, parecen ser más poderosos si son reacciones espontáneas en vez de productos de consideración desapasionada y calculados. Finalmente, al punto de que las normas sociales a las que nosotros adherimos son instaladas en nosotros mismos cuando muy jóvenes, es particularmente importante que la aplicación de las normas no permita a los individuos sujetos a ellas una discreción sustancial y espacio para el juicio para determinar cuando se aplican.

Una segunda razón de que las normas sociales pueden ser valiosas es que pueden servir como útiles principios de poder, o método práctico que promueva el bienestar de los individuos. Tal uso de las normas es valioso porque la mayoría de las decisiones que los individuos toman son de tan pequeña consecuencia que una consideración refinada de posibles acciones sería un esfuerzo malogrado. También es necesario que las normas sean simples y generales en aplicación.

La tesis que la política legislativa y judicial debería ser evaluada utilizando el marco de la economía de bienestar, bajo la cual las valoraciones de las políticas dependen exclusivamente sobre sus efectos en el bienestar de los individuos. La concepción económica del bienestar de un individuo es abarcativa (y de esta manera no está limitada para la riqueza u otros elementos tangibles) y que la evaluación económica de bienestar refleja las preocupaciones acerca de la distribución del ingreso. Argumentando que no se le debería dar

ninguna importancia evaluatoria a las nociones de equidad, criticamos los principios que dan peso a los factores que son independientes del bienestar de los individuos o su distribución en general. Estas nociones de equidad, como la justicia correctiva y la justicia retributiva, que son empleadas en la evaluación de las normas jurídicas, dependen directamente de características de los actos de los individuos (por ejemplo, si los injuriadores se comportan mal) en vez de los efectos de las normas en el bienestar de los individuos (como el alcance de que penalizar a los injuriadores reduce la tasa de injurias). Por supuesto, la mayoría de los intérpretes jurídicos sostiene perspectivas evaluatorias mixtas que dan peso tanto a las nociones de equidad como al bienestar de los individuos (entonces una norma injusta puede ser elegida si la norma justa es demasiado costosa). Sin embargo, nuestra crítica implica que las perspectivas mixtas no deberían ser empleadas en la evaluación de la política legal; en vez, a dicha evaluación debería concernirle sólo al bienestar de los individuos, el foco de la economía de bienestar.

En particular, parece que un número de temas específicos necesita ser tenido en cuenta si una noción de equidad propuesta es tomada seriamente.

Primero, los que proponen una noción de equidad deben citar los principios que están defendiendo con algún grado de precisión y de una manera que sea razonablemente completa. Virtualmente las principales nociones de equidad que examinamos fallan en cumplir con esta evaluación básica, a pesar de que las nociones han estado bajo consideración durante mucho tiempo. Por ejemplo, bajo la teoría retributiva del castigo justo, que requiere castigo proporcional a la gravedad de la ofensa, es difícil entender qué criterio debería ser empleado para aseverar qué males son ofensas que deberían ser castigadas, la relativa gravedad de las diferentes ofensas, y el grado de castigo acarreado por el requerimiento de proporcionalidad. Cuando las teorías no están bien definidas o no están especificadas adecuadamente, no podemos saber lo que intentan decir; así, no podemos determinar si son apremiantes. La frecuente falta de integridad de las definiciones de principios de equidad parece reflejar una falla para identificar las razones de ser de los principios, ya que si las razones de ser estuvieran bien entendidas, no sería tan difícil determinar los requerimientos básicos de las teorías.

Segundo, la adhesión a las nociones de equidad a menudo conduce a consecuencias que parecen entrar en conflicto con las motivaciones de las nociones, una tensión que los que proponen la noción necesitan resolver. Satisfacer la justicia correctiva o retributiva, por ejemplo, puede llevar a aumentar el número de males que ocurren (a través de la falla de impedimento); la perspectiva de que los males necesitan ser rectificadas, que es central para ambas nociones de equidad, parece estar enraizada en la creencia de que los actos erróneos son injustos.

De esta manera y bajo estas teorías, hay un importante sentido en el que persiguiendo a la justicia bien se puede acarrear injusticia.

Tercero, debido a que las nociones de equidad a veces resultan en una reducción del bienestar de los individuos - y en ciertos casos llevan a una reducción en el bienestar de todos - cuando se les da peso como principios evaluatorios autónomos, la manera en que una noción de equidad sacrifica el bienestar debería estar claramente identificada para que sea posible apreciar qué está en juego al adoptar el principio. Además, argumentamos que es mejor hacerlo en marcos paradigmáticos simples que van al corazón del problema en las áreas básicas de la ley. Así, los retributivistas, quienes por cientos de años estuvieron preocupados por demostrar los males de la valoración del castigo basada en su efecto disuasivo, deberían aplicar sus principios a la mayoría de las situaciones estándar en que posicionar al castigo en un nivel justo envuelve un sacrificio en disuasión. Muchos examinan sus principios sólo abstractamente, y así pueden oscurecer sus implicancias. Además, cuando dan ejemplos concretos, los comentaristas a menudo postulan casos atípicos, aún extremos, en que nuestras intuiciones son notoriamente no confiables y en que las implicancias para el caso común más importante son inciertas.

Cuarto, la razón de ser para dar peso a las nociones de equidad debería aclararse. Sabemos que perseguir la justicia nunca es “gratis”, cada vez que lleva a no aplicar las normas que serían elegidas bajo la economía de bienestar, los individuos empeoran. Por lo tanto, deberíamos insistir en saber la razón de este sacrificio. Una posibilidad es que las nociones de equidad deben ser tomadas como primitivas, sin necesitar justificación. Los que adoptan esta perspectiva deberían citarla explícitamente. En suma, deberían tomar la pregunta de cómo podemos saber cuáles de las muchas, a veces conflictivas, nociones de equidad son las correctas. Otros indudablemente creen que es importante proveer razones para adherir a las nociones de equidad en el contexto de la valoración de la política legal. En ese aspecto, sugerimos que las metáforas comúnmente ofrecidas, como la noción de que proveer justicia correctiva o retributiva restaura el equilibrio moral, son insuficientes. Las metáforas pueden sugerir razones, pero no son razones en sí mismas. Y uno puede a menudo sugerir metáforas que compitan (como la idea de que el gobierno, imponiendo cualquier castigo, está erosionando el orden moral). Además, uno debe estar atento a las razones de ser inquisitivas (*question-begging rationales*), como el argumento de que perseguir un principio hace al mundo más justo o es correcto, cuando el tema en mano es precisamente determinar qué debería ser visto como justo o correcto en primera instancia.

Quinto, es necesario considerar posibles explicaciones alternativas de la fuente del atractivo de las nociones de equidad. Esta demanda es especialmente importante por la existencia de un conjunto de teorías

relacionadas desarrolladas por filósofos, científicos sociales, y biólogos evolutivos durante los últimos siglos. Como vimos, conjuntamente con las normas sociales, estas teorías explican la aparente fuerza psicológica de las nociones de equidad - los orígenes de nuestros instintos morales e intuiciones - en términos de su funcionalidad en promover el bienestar de los individuos. De esta manera, el atractivo de los ejemplos provocativos comúnmente ofrecidos para sustentar varias nociones de equidad, especialmente en el discurso filosófico, fue ligado a la manera en que los principios que parecían estar encarnados en nuestros instintos morales e intuiciones están realmente enraizados en el bienestar humano. Aquellos que avanzan en nociones de equidad, especialmente los que las consideran primitivas (o casi), deben desacreditar esta explicación basada en el bienestar por el atractivo de las nociones y dar razones para creer que sus principios favorecidos tienen diferentes antecedentes, unos que provean bases para ver las nociones como principios evaluatorios autónomas para propósitos de valoración de la política legal.

Los intérpretes de la política legal a perseguir una agenda de investigación focalizada en identificar que normas jurídicas mejor promueven el bienestar de los individuos, con la debida consideración de la envergadura de los factores que pueden ser relevantes para el bienestar y para la distribución del ingreso. También le dedicamos cierta atención a otro importante grupo de individuos, los que toman las decisiones en el gobierno (legisladores, reguladores, jueces), cuya tarea es utilizar el trabajo de académicos para elegir normas jurídicas que mejor avancen en los intereses de los ciudadanos a los que sirven. El problema de los funcionarios de gobierno es complicado por el hecho de que sus electores no siempre pueden entender los análisis apropiados de las normas jurídicas (o de tantas otras políticas gubernamentales). De todos modos los responsables que toman las decisiones en el gobierno podrán tomar mejores decisiones políticas si aquellos que analizan la política legal están dispuestos a identificar los efectos de las normas jurídicas en el bienestar de los individuos - esto es, si emplean la economía de bienestar en vez de basar sus análisis en nociones llamadas de equidad.

# Teoría de la Regulación económica

---

**¿Cuándo debe reglamentar el Estado la actividad económica? ¿Cuándo debe limitar los derechos individuales económicos y por qué motivo?** Tomemos un ejemplo. Una de las funciones del Estado en cumplimiento de un mandato constitucional es el control de la calidad del medio ambiente. La contaminación no es más que un ejemplo de un fenómeno mucho más amplio que son las **externalidades**. Siempre que una persona o una empresa emprenden una acción que produce un efecto en otra persona por el cual esta última no paga ni es pagada existe una externalidad. **Esta externalidad es una falla del mercado y podría dar lugar a una intervención del Estado.**

Existen varias categorías de externalidades unas tienen consecuencias beneficiosas para otros y son las externalidades positivas, otras tienen consecuencias perjudiciales y son las externalidades negativas. Una empresa que contamina el aire impone una externalidad negativa a todas las personas que lo respiran y a todas las empresas cuyas máquinas se deterioran más de lo debido como consecuencia de la contaminación. Pero puede haber externalidades positivas, como son la externalidad generada por un apicultor frente al que tiene la plantación de manzanas porque polinizan las plantas y cuanto mayor polinización más manzanas producirá el manzanar. Pero este también genera una externalidad positiva al apicultor ya que cuanto más árboles haya en el manzanar más miel producen sus abejas. Cada una de las personas recibe un beneficio directo para sus acciones a cambio del cual no tiene ninguna retribución. Otro ejemplo de externalidad positiva es el mercado libre de ideas. Existe una clase especialmente importante de externalidades llamada problemas de recursos comunes. Se caracteriza principalmente por la existencia de unos recursos escasos cuyo uso no está restringido. Es el caso de un lago que es frecuentado por pescadores. La dificultad de pescar dependerá del número de pescadores, por lo tanto cada uno de ellos impone una externalidad negativa a los demás. Una situación similar ocurre con los yacimientos petrolíferos.

Siempre que haya externalidades la asignación de recursos puede no ser eficiente. Los niveles de producción y los gastos destinados a controlar la externalidad serán incorrectos. Es el caso de una empresa que pudiera reducir su nivel de contaminación gastando ciertos recursos. El beneficio social podría ser grande, pero la empresa no tiene ningún incentivo para gastar ese dinero.

Una de las formas que el sector privado puede resolver las externalidades sin la ayuda de la intervención del Estado consiste en internalizarlas formando unidades económicas que tengan suficiente tamaño como para que las consecuencias de sus acciones ocurran dentro de la unidad.

Las externalidades existen cuando los individuos no tienen que pagar todas las consecuencias de sus actos. En muchas ocasiones las externalidades pueden resolverse asignando debidamente derechos de propiedad que otorgan a una determinada persona el derecho a controlar algunos activos y a cobrar por el uso de la propiedad. El hecho que nadie tuviera los derechos de propiedad para controlar el acceso a un yacimiento de petróleo es la razón por la que se perforan demasiados pozos. Cuando el yacimiento es controlado por una sola persona esta tiene un incentivo para asegurarse de que se perfora el número adecuado de pozos. Dado que la eficiencia económica es mayor en este caso cualquiera puede comprar la tierra en la que se encuentra el yacimiento a sus propietarios por la cantidad que percibirían por la venta del petróleo y acabar obteniendo un beneficio. Desde este punto de vista no sería necesaria ninguna intervención exterior para que surgiera una atribución eficiente de derecho de propiedad. Incluso cuando los derechos de propiedad de un recurso común no se asignan a una sola persona el mercado puede encontrar un mecanismo eficiente para resolver la externalidad. Los propietarios de pozos de petróleo suelen unificar su producción reduciendo así las posibilidades de que se perforen demasiados pozos. Los pescadores que faenan en las mismas aguas pueden reunirse para establecer restricciones mutuamente acordadas que impidan que se pesque excesivamente.

Esta afirmación de que siempre que hay externalidades las partes afectadas pueden unirse y llegar a un acuerdo por el que se internalice la externalidad y se garantice la eficiencia, es la aplicación del **Teorema de Coase**. Por ejemplo, cuando en una misma habitación hay personas que fuman y personas que no fuman si la pérdida que experimentan las segundas es superior a las ganancias que obtienen las primeras las que no fuman pueden unirse y sobornar o compensar a las que fuman para que se abstengan de fumar. Si este se encuentra en un vagón de tren para no fumadores y la prohibición de fumar que puede considerarse como una externalidad que imponen los no fumadores a los fumadores empeora su bienestar más de lo que ganan los que no fuman los fumadores se unirán y compensarán a los que no fuman para que les permitan fumar. Naturalmente la determinación de quien compensa a quien es muy importante para saber que consecuencias distributivas tiene la externalidad. Si el argumento de Coase es correcto y en los mercados privados puede internalizar las externalidades la pregunta es si es necesaria la intervención del Estado. Se pueden plantear tres razones por la que es necesaria la intervención del Estado. La primera está relacionada con

el problema de los bienes públicos. Muchas externalidades entrañan la provisión de un bien público, como el aire puro o el agua limpia. En particular puede ser muy costoso impedir que una persona disfrute de los beneficios de esos bienes.

Los problemas de la búsqueda voluntaria de una solución eficiente son mayores si la **información es imperfecta**. Los fumadores intentarán convencer a los que no fuman que la compensación tendrá que ser grande si quieren lograr que no fume. En una situación de este tipo una de las partes puede arriesgarse a no llegar a un acuerdo mutuamente ventajoso con la intención de sacar mayor partido de la negociación. También pueden surgir problemas incluso en los casos en que los mercados están bien establecidos. Es el problema de un yacimiento petrolífero que se encuentra en unos terrenos que pertenecen a varias personas. Aunque sea eficiente llegar a un acuerdo si está claro que todos los propietarios de tierra van a intentar unirse a cada uno de ellos les conviene que los demás lleguen a un acuerdo quedándose fuera del grupo ya que saben que de esta manera disminuirá la producción de los integrantes del grupo lo que les permitirá aumentar la cantidad que les trae.

La segunda razón que se da habitualmente para la intervención del Estado está relacionada con los costos de transacción. Es muy costoso conseguir que los individuos se unan voluntariamente para internalizar las externalidades. La provisión de esos servicios de organización es un bien público. De hecho podría pensarse que el Estado es precisamente el mecanismo voluntario que han creado los individuos para internalizar las externalidades o reducir de alguna forma la pérdida de bienestar ocasionada por la externalidad.

La tercera razón por la que se aduce que los mercados pueden no resolver satisfactoriamente el problema de las externalidades estriba en que los derechos de propiedad establecidos generan frecuentemente ineficiencias. Si los derechos de propiedad no están claramente determinados esto de por sí es una externalidad. La utilización del Estado como vehículo para resolver las externalidades tiene la ventaja que ahorra costos de transacción, ya que no hay que crear una organización adicional para resolver cada uno de los tipos de externalidades que ocurren. Evitan este caso también la situación del free rider. Pero el mecanismo político dista de ser medio perfecto para asignar los recursos ya que puede ser manipulado por los grupos de interés especiales. Por lo tanto las reglamentaciones y las normas elaboradas en el sector público son aplicadas por una burocracia con todas las limitaciones que esta tiene.

### ***Los remedios públicos frente a las externalidades.***

Se pueden imaginar cuatro grandes categorías de remedios públicos para resolver las externalidades: El gobierno puede imponer multas,

puede subsidiar los gastos para reducir las externalidades negativas, puede hacer una reglamentación para atenuar las externalidades negativas que imponen unos grupos a otros, o puede intentar definir un conjunto de derecho de propiedad que disuada a los individuos de ocasionar externalidades negativas.

Al establecer un remedio es preciso comparar los costos y los beneficios del control de la externalidad, de la misma manera que es preciso comparar los costos y los beneficios de cualquier actividad económica. El problema es que las empresas no tengan en cuenta los costos sociales de las externalidades que imponen, como sería el caso de la contaminación. Por lo que es probable que haya un nivel excesivamente alto de contaminación. Como el Estado no puede eliminarla totalmente su tarea es colaborar con el sector privado para lograr el nivel socialmente eficiente, inducir a las personas y a las empresas a actuar de tal manera que tengan en cuenta las repercusiones de sus actos en los demás.

### **Las multas.**

Generalmente el primer remedio imaginable es la imposición de multas para remediar la ineficiencia que generan las externalidades negativas. Es decir, en el caso de contaminación se puede imponer una multa a todo el que contamine el agua o el aire. El principio es que siempre que hay una externalidad existe una diferencia entre el costo social y el privado, entre el beneficio social y el privado. Una multa calculada correctamente muestra al individuo o a la empresa los costos verdaderos y los beneficios verdaderos de sus actos. Los impuestos que son en esto una forma de multa y los subsidios destinados a limitar los efectos de las externalidades, a igualar los costos privados marginales a los costos sociales marginales son los que se denominan impuestos pigouvianos debido a la influencia de Pigou el economista inglés que defendió la utilización de impuestos correctores de externalidades. La obra de Coase está dirigida a limitar la argumentación de Pigou. Si tomamos el ejemplo de una acería que contamina el aire, como a la empresa sólo le preocupan sus costos marginales privados y no los costos marginales sociales la producción de acero es excesiva. Cobrándolo a una cantidad igual al costo marginal de contaminación se igualarían los costos privados marginales y los costos sociales marginales. Las multas consiguen que la empresa gaste una cantidad socialmente eficiente en la reducción de la contaminación. Supongamos que cada unidad de contaminación que puede ser medida por el número de partículas emitidas en el aire en una unidad de tiempo impone a otros un costo social marginal conocido. Reducir la contaminación tiene un costo, manteniendo constante el nivel de producción, cuanto mayor sea la contaminación que quiere reducirse mayor será el costo. Suponemos que el costo marginal del control de la contaminación también es creciente. La eficiencia exige que los beneficios sociales marginales

derivados de un mayor gasto en la reducción de la contaminación sean exactamente iguales a los costos sociales marginales. Si se impone una multa igual al costo social marginal de la contaminación la empresa dedicará a su reducción el nivel de gasto eficiente. Las empresas tratarán de reducir la contaminación en la forma menos cara más eficiente posible, lo que puede entrañar no solo la realización de gastos directos en dispositivos para controlarla sino también en la modificación de la combinación utilizada de factores productivos y otros cambios en el proceso de producción.

En las situaciones en las que hay una externalidad positiva el Estado puede conceder subsidios. Es el caso de los gastos realizados para restaurar monumentos históricos que reciben un trato fiscal favorable debido a que todos nos beneficiamos de la conservación del patrimonio nacional. En estos casos si el Estado no concede ningún subsidio el equilibrio del mercado implica que el precio será igual al costo marginal y por lo tanto el consumo de la mercadería en cuestión será demasiado pequeño. Si el Estado subsidia dicho consumo en la diferencia entre el beneficio social marginal y el beneficio privado marginal, el beneficio privado marginal incluida la subvención será igual al beneficio social marginal y el consumo de la mercadería llegará al nivel socialmente eficiente.

### **La regulación económica o la reglamentación de derechos.**

El Estado en lugar de imponer sanciones por la contaminación o de subvencionar los gastos realizados para reducirla generalmente ha dictado normas en un intento de reducir las externalidades negativas. Han establecido niveles de emisión para los automóviles y ha propuesto un detallado conjunto de reglamentaciones relacionadas con los vertimientos de productos tóxicos. De esta manera exige a las compañías aéreas y a los ferrocarriles aplicar una prohibición de fumar. En el caso de la contaminación debemos distinguir dos importantes clases de reglamentación, aquella en la que se controla el grado de contaminación y se prohíbe a las empresas superar un determinado nivel y aquella en que el Estado regula el proceso de producción. De esta manera el Estado puede obligar a las empresas a utilizar dispositivos para eliminar la contaminación o construir una chimenea de cierta altura. Cuando es viable regular directamente el control de la contaminación este sistema parece preferible a la regulación de los métodos de producción. Ya que lo que preocupa a la sociedad es el nivel de contaminación y no el modo en que esta se produce. Es probable que la empresa sepa mejor que el Estado cual es la mejor forma de reducir la contaminación o de reducirla al menor costo posible. Y además afecta al mejoramiento de las técnicas de producción. Muchas veces el Estado ha recurrido a la regulación de los métodos de producción porque en algunos casos es más fácil controlar los métodos que medir el nivel de contaminación.

Generalmente la elección del método regulador está condicionada por consideraciones políticas.

### ***Comparación entre la regulación y las multas.***

La comparación entre la regulación y las multas está en relación con la comparación entre el empleo de controles directos y de precios en la gestión de la economía. El sistema de precios es el que asigna eficientemente los recursos. No solo es eficiente en el sentido de Pareto el equilibrio competitivo, todas las asignaciones eficientes en el sentido de Pareto pueden lograrse por medio de un mecanismo de precios competitivo. El Estado también puede lograr una asignación de recursos simplemente imponiéndola por medio de una serie de reglamentaciones. En situaciones en que no hay costo de supervisión y en que todos los costos y beneficios derivados de la contaminación y de su contribución conocidos el Estado puede lograr por medio de la reglamentación todo lo que puede lograr por medio de multas. Cuando solo se reglamentan los métodos de producción el regulador puede lograr el nivel eficiente de gasto en la reducción de la contaminación pero no el nivel eficiente de producción del bien contaminante. Por consiguiente la regulación tiene el mismo defecto que las subvenciones aunque en menor grado.

### **Multas no lineales.**

Una tabla de multas no lineal es aquella en que las multas dependen del nivel de contaminación. Si el caso en que una multa por unidad de contaminación aplicable a las subdivisiones inferiores en determinado nivel es pequeña pero la aplicable en niveles superiores es alta. Una posible tabla consistiría en no poner ninguna multa hasta un determinado nivel y una multa infinita a partir de él, impidiendo que el nivel de contaminación fuera superior al establecido. Esto equivaldría en la práctica a una regulación de la contaminación que estableciera que el nivel máximo autorizado es establecido o determinado. De esta manera la distinción entre multa y reglamentación no es nítida. La reglamentación puede considerarse equivalente a un caso límite de un sistema de multas no lineal.

### **Que elegir entre multas subvenciones y reglamentaciones.**

Cuando hay externalidades negativas puede lograrse una asignación de recursos suficientes en el sentido de Pareto por medio de un sistema de multas pero no por medio de la reglamentación o de las subvenciones. Por otra parte los diferentes sistemas tienen consecuencias distributivas muy distintas. Las empresas, sus consumidores y trabajadores resultan más perjudicados por las multas que por la reglamentación y menos aún por las subvenciones. Aunque los que salen ganando con un sistema de multas podrían compensar en principio a los que salen perdiendo en la realidad raras veces se efectúan esas compensaciones. Las grandes diferencias potenciales entre las consecuencias distributivas de los distintos

programas son en buena medida responsables de las controversias que han surgido en torno al sistema apropiado para controlar la contaminación. Debe también tenerse en cuenta:

- 1) Cada método tiene costos de transacción diferentes,
- 2) Para ponerlos en práctica eficientemente se necesita una información diferente,
- 3) Su éxito varía dependiendo de lo variables que sean los costos y los beneficios y
- 4) Pueden diferir en cuanto a la facilidad con que pueda manipularse políticamente para servir a grupos de intereses especiales.

### **Los costos de transacción.**

La reglamentación de los sistemas de multa requiere diferentes tipos de seguimiento estatal, lo que se llaman los costos de monitoreo. En ninguno de los dos le interesa a una empresa decir cuanta contaminación produce. Tampoco le interesa a ninguno de los compradores de sus productos, supongamos que es acero, y en la medida que el mercado sea competitivo, ya que las multas que se impongan como consecuencia de una contaminación excesiva, o los gastos que se realizan en la adquisición de dispositivos para controlarla se trasladan a los precios que paga el usuario. Aunque puede interesar a los consumidores realizar colectivamente el seguimiento de la cantidad de contaminación nadie estará dispuesto a pagarlo, es decir pagar el control. Esa es la expresión clásica de los problemas de los bienes públicos. La responsabilidad del monitoreo o del seguimiento debe recaer en el Estado. Un sencillo sistema de reglamentación requiere únicamente que el Estado averigüe si una empresa a traspasado el nivel de contaminación permitido tarea que puede ser mucho menos costosa que averiguar con precisión el nivel exacto de contaminación como exige el sistema de multas.

### **La información necesaria.**

Es igualmente importante el hecho que la aplicación de cada sistema de control de las externalidades exige una información diferente. El Estado puede tener una información correcta de los costos sociales marginales de la contaminación, pero es probable que no esté tan bien informado como las empresas privadas, especialmente en los casos en que todavía no se han desarrollado los dispositivos necesarios para controlar la contaminación. Ninguna de las partes posee una información muy buena, son todas conjeturas, pero dado que los fabricantes conocen mejor la tecnología de sus industrias que el gobierno es más probable que sus conjeturas sean más exactas. Los fabricantes carecen de incentivos para revelar su información al gobierno y tienen por el contrario todas las razones para tratar de convencerle de que la tecnología para eliminar la contaminación es extraordinariamente difícil de desarrollar, por lo que resultaría

imposible cumplir una normativa excesivamente rigurosa. Si el gobierno impone una normativa rigurosa pero concede a las empresas un plazo de tiempo para desarrollar la tecnología necesaria es posible que estas no tengan incentivo alguno para cumplirla, jugarán con la poca probabilidad que el gobierno cierre la industria si no se ha desarrollado la tecnología adecuada cuando venza el plazo. La información necesaria para lograr un nivel eficiente de contaminación por medio de la regulación o reglamentación es aún mayor de lo que sugieren habitualmente los análisis. Si la reducción de la contaminación tiene costos diferentes para cada empresa el nivel eficiente de reducción será también diferente. De esta manera para fijar un nivel eficiente los legisladores deben conocer las funciones de costo de cada una de las empresas de la economía. Dado que su conocimiento depende en buena medida de la información que le suministren las empresas es evidente que estas tienen un incentivo para tergiversar los datos. Si en el sistema de reglamentaciones establecido por el gobierno se evalúa erróneamente los costos de control de la contaminación el nivel de contaminación será ineficiente. Si subestima los costos y dicta una normativa rigurosa es posible que las empresas tengan que gastar abundantes recursos para cumplirla. En el margen el costo de cumplimiento será superior al beneficio social. En una economía competitiva estos costos se trasladan a los usuarios del producto.

El sistema de multas no necesita la misma información. El gobierno averigua cuales son los costos sociales marginales de la contaminación, a continuación la empresa decide si los costos de los dispositivos necesarios para controlarlas son superiores a los beneficios del control medidos por las multas aplicables si no se controla. Naturalmente si el gobierno estima incorrectamente los costos sociales marginales de la contaminación habrá ineficiencia tanto en un sistema de multas como en un sistema regulador.

La variabilidad de los costos y los beneficios desempeña un papel importante en la elección entre los sistemas reguladores y las multas. Si varían los costos del control de la contaminación pero los beneficios se conocen con seguridad las multas son preferibles a la regulación. Las empresas que pueden ser multadas ajustan el nivel de control de contaminación para que coincida con el eficiente, en cambio la regulación no permite efectuar este ajuste. Si los beneficios varían pero los costos no los dos sistemas son equivalentes. El sistema de multas genera un nivel de contaminación fijo, unas veces demasiado alto y otras demasiado bajo, lo mismo que el sistema regulador. Las consecuencias de una multa no son diferentes a la de la reglamentación en el que el gobierno fija el nivel de contaminación admisible. Cuando varían tanto los costos como los beneficios las cosas son más difíciles. Hay circunstancias en que la reglamentación puede ser preferible a las multas. Donde mejor se observa es en los casos en que una reducción de los costos marginales de la eliminación

de la contaminación va acompañada de una reducción de los niveles de costos sociales marginales de la contaminación. Si disminuyen en la cantidad correcta la cantidad óptima de contaminación será la misma en la situación en la que son elevados los costos sociales marginales de la contaminación que en la situación en que son bajos. En este caso un sistema de reglamentación puede lograr estos resultados. Con un sistema de multas en la que fuera fija la cantidad de las multas y no variara por los costos sociales marginales de la contaminación, unas veces habría demasiada contaminación y otras demasiado poca. El alcance de la reglamentación es una cuestión llena de consideraciones políticas debido a que impone a las empresas costos a veces importantes. El tipo de regulación que se adopte dependerá no solo de los costos económicos sino también del poder de los diferentes grupos de intereses afectados por ella. Un grupo de presión políticamente poderoso puede paralizar una normativa que se le impondría si fuera débil. En general los sistemas de reglamentación son más susceptibles a la manipulación política que las multas. Para que la reglamentación jurídica sea eficaz para resolver el problema de las externalidades debe establecerse un conjunto de derechos de propiedad precisos y coherentes.

### **La utilización del proceso judicial en las externalidades.**

La utilización del proceso judicial para resolver las externalidades tiene cinco limitaciones.

- 1.) En primer lugar, los litigios traen aparejados elevados costos de transacción. Naturalmente no es evidente si son elevados en comparación con los costos administrativos de la aplicación de un sistema de reglamentación o de multas. En el caso de muchas externalidades las pérdidas pueden ser simplemente demasiado pequeñas para que merezca la pena preocuparse por ellas, cualquiera sea el sistema. Pero en un proceso judicial los costos recaen en los particulares. La decisión de intentar o no la externalidad se toma eficientemente por el procedimiento judicial pero ineficientemente por el sistema de multas o de reglamentación.
- 2.) En segundo lugar dado que los que producen externalidades saben que los litigios son caros pueden tender a generarlas hasta llegar al punto en que compense a la parte perjudicada poner una demanda, lo que evidentemente genera muchas ineficiencias. Una forma de resolver estos casos es de poner daños punitivos en los que se ha probado que una empresa que no se ha comportado de forma competitiva y ha provocado como consecuencia una reducción de los beneficios de su rival debe pagar la parte perjudicada más el triple de la cantidad de pérdidas que se considera que esta ha experimentado. Otro sistema es el de utilizar acciones de clase que permiten reducir los costos de transacción ya sea en el acceso a la justicia o en

los costos de prueba aún cuando el daño producido sea muy limitado. Las acciones de clase son amplificadoras de los daños al permitir que muchas acciones pequeñas similares puedan unificarse en un solo litigio.

- 3.) En tercer lugar frecuentemente existe una cierta incertidumbre entre la magnitud del daño así como cierta ambigüedad sobre el resultado de la mayoría de los pleitos. Si los costos de los litigios son elevados la incertidumbre también induce a los particulares a no recurrir al sistema judicial para resolver las externalidades.
- 4.) En cuarto lugar los elevados costos de los litigios y los resultados inciertos de los procesos judiciales implican que no hay igualdad de posibilidades para acceder a los remedios legales lo que choca con nuestra idea habitual de justicia.
- 5.) Por último en muchos casos existe un gran número de partes afectadas de manera que ninguna de ellas experimenta una pérdida suficientemente grande como para que merezcan la pena demandar, aunque el conjunto de todas las partes afectadas puedan salir ganando. Surge el problema del free rider. A cualquier le favorece que los demás demanden. Si tiene éxito siempre puede entablar el mismo un juicio utilizando como precedente sus resultados. Esta táctica reduce extraordinariamente los costos. En este punto también una clara aplicación del principio de stare decisis y de acciones de clase puede facilitar la disminución de costos de transacción.

El sistema jurídico constituye un marco en el que pueden resolverse determinadas categorías de externalidad. Es un importante remedio para solucionar algunas de aquellas que no resuelven adecuadamente los otros mecanismos, es decir, las multas y la reglamentación. Lo que corresponde es disminuir los costos de transacción del proceso judicial para que se pueda utilizar para resolver las externalidades más importantes.

## **La regulación de los derechos de propiedad.**

Las respuestas a los problemas de la propiedad colectiva surgen tradicionalmente en nuevos territorios o en nuevas actividades económicas en los mismos territorios. Es el caso que apareció en el siglo XIX para la distribución de los derechos de minería, la utilización de talar árboles en tierras o en bosques públicos, y a partir del siglo XX los derechos de pesquería y de producción petrolera. Las motivaciones por las cuales las partes intervenían en estos contratos para establecer derechos de propiedad varían fundamentalmente alrededor de la comprensión de los problemas de la propiedad común.

Las motivaciones primarias para establecer derechos de propiedad son las pérdidas agregadas a los problemas de las condiciones de la propiedad colectiva. Una participación de las ganancias esperadas al mitigar estas pérdidas dan un incentivo a los individuos a negociar, a establecer o modificar derechos de propiedad para limitar el acceso y para controlar la utilización del recurso.

Principalmente reclamos particulares incluyen a los que actualmente sostienen los derechos de propiedad y los que desean esos derechos. Los legisladores que son responsables por el derecho relativo a los derechos de propiedad tienen una función obvia para jugar y entre ellos están los que están actualmente en funciones y los que aspiran a funciones de gobierno. Al competir por los votos y por el apoyo político de grupos de interés incluyente, los políticos buscan responder a las demandas de los reclamantes privados. Más aun, en el proceso general de asignación de derechos, las decisiones judiciales son típicas en resolver las disputas y modificar los derechos de propiedad. Por lo tanto, esfuerzos para influir en la opinión de los jueces puede ser esperada, y la visión judicial tiende a reflejar las ideas prevalecientes sobre las condiciones políticas y económicas existentes. Finalmente, debe tenerse en cuenta que los burócratas ejercen una influencia clave en la definición y asignación de los derechos de propiedad. No puede considerárselos como actores pasivos a los políticos porque los organismos tienen sus propias preocupaciones independientes. Como otros en el sistema los burócratas pueden ser concebidos como participantes en la toma de decisión sobre la propiedad.

Coase en su artículo sobre el problema del costo social en 1960 fue uno de los principales iniciadores del análisis de derecho de propiedad. La visión de Coase puede plantearse en cuanto al análisis en tres puntos.

El primero es la visión desde el punto de vista del **costo de propiedad**. Él menciona que cuando se analiza una política económica se deben comparar el producto total provisto por arreglos o sistemas sociales alternativos es decir utilizar el costo de transacción y comparar los productos de unos sistemas alternativos.

La segunda propuesta que sugiere Coase es que en lugar de discutir cuestiones de política económica para un mundo ideal con costo de transacción cero, sería preferible comenzar con el análisis de una situación que se acerque a la que actualmente existe y examine los efectos de la propuesta de cambio de política, e intentar decidir si la nueva situación puede ser en total mejor o peor que la que originalmente se tiene.

Finalmente, en lugar de observar los factores de producción como entidades puramente físicas, lo que es una concepción equivocada

que lleva al error para desarrollar una teoría adecuada de como manejar los efectos externos, deberían ser **imaginados como personas que poseen derechos a realizar ciertas acciones físicas, es decir, como derechos de propiedad**. La propuesta central en la visión de los derechos de propiedad era que una clara definición de los derechos de propiedad era en principio suficiente para asegurar la eficiencia. Pero esto es cierto si los costos de transacción son cero, o cuando las preferencias de cada uno y las oportunidades existentes son conocidas por todos. Lo que propone Coase es que no se deben observar los factores de producción como cosas físicas sino teniendo en cuenta los derechos de propiedad que se tienen sobre ellos.

Un punto interesante son las reglas económicas de la propiedad intelectual. En este punto hay visiones diferentes sobre si debe existir un apoyo gubernamental a la actividad de innovación y de creación. El problema central considerado por Arrow es el conflicto entre los objetivos sociales de lograr un uso eficiente de la información una vez producida frente a proveer motivación ideal para la producción de información. El establecimiento de derechos de propiedad sobre ideas puede llevar al mismo resultado de los derechos de propiedad cuando se pesca en un lugar donde hay entrada libre para la pesca. En ese caso, excesivos recursos pueden ser dedicados para la pesca, o en este caso para la invención. Esto se complica porque el ritmo del cambio tecnológico en los últimos tiempos ha llevado al derecho de propiedad intelectual en áreas desconocidas y en casos muy complejos, es muy complejo por ejemplo referirse a la protección de los semiconductores o del software de computadora. Esto se ha notado porque no están elementos sencillos como las condiciones en el cual el video tape de un programa de televisión para uso hogareño limita los derechos de los productores del programa.

Una situación particular con relación a la negociación política de los derechos de propiedad ocurre cuando **un bien pasa de la propiedad pública a la propiedad privada**. Una desnacionalización requiere de una decisión administrativa sobre la determinación del bien a privatizar y si por la forma de la privatización puede ocurrir una transferencia de rentas hacia una persona o sector determinado. En la desnacionalización de la Volkswagen en Alemania se planteó la constitucionalidad de la transferencia de rentas por una decisión gubernamental.

#### **Caso de Desnacionalización de Volkswagen Año 1961, 12 BVerfGE 354:**

Luego de la II Guerra Mundial el gobierno federal alemán y el estado de Baja Sajonia heredaron la compañía Volkswagen. En 1960, con el consentimiento del gobierno de Baja Sajonia el parlamento federal dictó una ley desnacionalizando la empresa a través de la venta pública del 60% de sus acciones, para favorecer la propiedad pública de la empresa, la ley establecía que el precio de las acciones tendría

un valor reducido, limitando el número de acciones que una persona podría comprar y permitió a los empleados de la empresa comprar la mayor parte de las acciones. Varios grupos de personas plantearon la cuestión constitucional contra la ley de desnacionalización citando violaciones al artículo 15 de la ley fundamental y al principio de igualdad.

*Fallo Del Primer Senado:*

1. *“Los reclamantes desean una mejor posición dentro del marco de la desnacionalización. Antes de considerar este punto, la Corte debe decidir si la desnacionalización en sí misma es constitucional. Esta decisión es imperativa no solamente por el amplio significado de la medida para el sistema político pero también por el efecto de esa decisión en esos casos.*

*a) Ningún principio constitucional prohíbe la venta de empresas puramente económicas, propiedad de la federación. Esta medida esta basada dentro de la discreción de los órganos políticos de la federación, en la medida que su implementación no viole el derecho constitucional y en particular los derechos básicos..... en un estado liberal moderno, visiones diferentes existirán siempre sobre que políticas social amplia y que medidas específicas sirven en interés público. Los objetivos de la desnacionalización pueden no encontrar aprobación general, la medida en sí misma puede también ser utilizada parcialmente para ganar la aprobación de círculos que en la actualidad rechazan todavía la idea.... Pero esta suerte de compromiso no puede ser excluida cuando se refiere a medidas sociales, políticas o económicas. El compromiso político es probablemente inevitable en un estado moderno que está obligado a intervenir en la vida social y no debe ser desaprobado por razones constitucionales..... de cualquier manera una Corte no puede, con fuerza obligatoria para el público general, determinar que la desnacionalización de Volkswagen no sirve al interés público. El principio de autorestricción puede aplicarse aún si existen serias dudas si los objetivos buscados pueden ser logrados a través de la adquisición de acciones.... La confirmación o refutación de la corrección de esas medidas por su éxito posterior o fracaso es una cuestión a la cual los órganos políticos responsables puedan ser adeudados o acreditados. Tampoco el artículo 15 de la ley fundamental contiene nada que impida la desnacionalización de Volkswagen.*

*Este artículo no contiene una orden constitucional para socializar la economía, sino solo una autorización a la legislatura para hacerlo. En que medida y con que extensión la legislatura usa de esta autorización debe ser dejado a la discreción política.... Debemos por lo tanto rechazar la visión que las empresas que pueden ser socializadas de acuerdo al artículo 15 no pueda ser desnacionalizada nuevamente cuando están en la propiedad pública.*

*Al mismo tiempo uno no puede deducir una “tendencia hacia la socialización” por el artículo 15 que signifique que la legislatura si quiere regular las condiciones de la propiedad privada en la rama de la economía que puede ser socializadas pueda hacerlo solamente en la dirección hacia la socialización. Estas restricciones fundamentales en la libertad de la legislatura de decisión en la política económica no aparecen de las palabras ni de la génesis ni del significado de la provisión.*

*b). La constitucionalidad fundamental de la desnacionalización no exime a la federación de la obligación de buscar un precio adecuado cuando se vende la propiedad pública. El establecimiento del precio adecuado, puede ser a veces difícil. Pero si objetivos especiales son buscados conjuntamente con la venta, por ejemplo, objetivos de naturaleza económica o sociopolítica, la desviación del precio de mercado debe ser justificada. Las llamadas consideraciones políticas pueden también ser tomadas en cuenta si la decisión permanece dentro de ciertos límites y si son adheridos a los principios del estado de derechos. Por lo tanto la regulación de la venta de las acciones de Volkswagen no es objetable constitucionalmente.*

*Como han mostrado los procedimientos orales las agencias competentes de la federación, actuaron bajo la asunción que el verdadero valor de la empresa debe ser la base para decidir el precio de venta de las acciones originales. Para determinar este valor, varios expertos cuyo conocimiento y autoridad son reconocidos debieron se les pidió que escribieran estimaciones por escrito. Las agencias federales responsables adhirieron a un marco de consideraciones que son claramente las bases de la ley en sí misma, particularmente un compromiso entre el capital óptimo para la fundación Volkswagen para los beneficios de ventas altas, por un lado, y ciertos objetivos sociopolíticos generales por la otra.*

*Al valorar este procedimiento y sus resultados la Corte no puede concluir que el gobierno general absuelva su discreción aun cuando se reconozca que el verdadero valor, y por lo tanto el precio de venta, hubiera sido más alto de acuerdo con las opiniones de los expertos.*

*El hecho que el precio en el mercado abierto de las acciones de Volkswagen haya en el plazo transcurrido a más del doble del precio de venta no crea nada en el contrario. Este desarrollo no era predecible en el momento que se fijó el precio de venta. El precio de las acciones es afectado por numerosas circunstancias que muchas veces no tienen nada que ver con el verdadero valor de las acciones individuales pero surgen, por ejemplo, de mera especulación. Pero la intención de la ley era interesar exactamente a aquellas personas para adquirir portafolios permanentes que no hubieran sido capaces de comprar esas acciones si se hubieran vendido al más alto postor. Bajo esas circunstancias no hubiera sido justificado dejar que el precio fuera influido por la posibilidad de un valor de mercado más alto.”*

En la última sección del fallo, la Corte estableció que la venta de acciones era consistente con la cláusula general de igualdad del artículo 3 y dijo la Corte “ *las regulaciones gubernamentales que favorecen grupos individuales están permitidas si existen bases razonables para esas distinciones*”

***El concepto constitucional del derecho de propiedad, la experiencia Alemana.***

La doctrina constitucional de Alemania ha intentado una determinación de la extensión del derecho de propiedad frente a la regulación económica.

**El caso del Control de inundaciones en Hamburgo. (1968) 24 BverfGE 367.**

Debido al daño causado por una enorme inundación en Hamburgo en 1962 la ciudad estado de Hamburgo aprobó la ley de Diques y Represas de 1964. La ley establecía que todas las tierras de pastura clasificadas como zonas de diques debían registrarse como propiedad pública. Al mismo tiempo terminada con la propiedad privada en esas zonas y establecía una compensación a los propietarios. Varios propietarios recurrieron a la Corte Constitucional alegando la violación de sus derechos fundamentales bajo el artículo 14 de la Ley Fundamental.

*“ Fallo del primer Senado”*

*El artículo 14 inciso 1 de la ley fundamental garantiza la propiedad tanto como institución legal como un derecho concreto ejercido por el individuo que lo posee.*

*Disponer de la propiedad es un derecho constitucional elemental que debe ser observado en un contexto cercano con el de la protección de la libertad personal. Dentro del sistema general de los derechos constitucionales su función es asegurar a quien lo ejerce, una esfera de libertad en el campo económico y por lo tanto permitirle llevar adelante una vida de autogobierno. La protección de la propiedad, como una institución legal sirve para asegurar este derecho básico. Y este derecho constitucional del individuo esta condicionado en la institución legal de la propiedad. La propiedad no puede estar asegurada efectivamente si los legisladores estuvieran autorizados para reemplazar la propiedad privada con algo que no pudiera ser descripto bajo la etiqueta de propiedad.... La regulación de la propiedad, puede ser ajustada a las condiciones sociales y económicas. La función de la legislatura es la de regular propiedad a la luz de los valores constitucionales fundamentales. La garantía constitucional, sin embargo, prohíbe cualquier revisión del orden legal privado que pueda remover el catalogo fundamental de las actividades constitucionalmente protegidas que se refieren al área de la propiedad y que podrían*

*restringir sustancialmente o suspender la esfera protegida de la libertad protegida por este derecho fundamental....”*

A pesar de estos principios de protección tan amplios del derecho de propiedad, la Corte constitucional continuó y sostuvo que el estado podía ubicar legítimamente las propiedades en las zonas que iban a ser inundadas por los diques bajo el control público. La expropiación de las tierras cercanas a los diques no constituía una limitación al derecho de propiedad garantizado por el artículo 14 inciso 1, siempre que la propiedad fuera utilizada para un fin público particular.

El estándar del fin público estaba satisfecho aquí de la necesidad urgente de construir un sistema efectivo de diques para evitar un desastre similar a lo que había ocurrido en Hamburgo en 1962.

Continuó diciendo el tribunal:

*“III. 1. a) El artículo 14 inciso 3 permite la expropiación de la propiedad real si lo requiere el bien común. Pero el estándar emperador del bien común limita el poder legal de expropiar ordinariamente dentro de la protección del artículo 14.*

*Este estándar, y solamente este estándar, permite la expropiación de propiedad bajo el artículo 14 inciso 3.*

*El objeto de una expropiación válida bajo el artículo 14 inciso 3 debe ser claramente especificado en la ley. La ley fundamental establece que en la tensión recurrente entre el interés de propiedad del individuo y las necesidades del público, el interés público puede en caso de conflicto, tomar precedencia sobre la garantía legal al individuo. La Constitución no deja la resolución de este conflicto a la legislatura pero sino que resuelve la cuestión por sí misma.*

*Si todos estas relaciones se tienen en cuenta entonces el artículo 14 inciso 3 que permite la expropiación “solamente a través de la ley” no contiene una condición previa que autorice a la legislatura a restringir este derecho básico como es el requerido en los términos del artículo 19 inciso 1.*

*b) Los términos del artículo 14 inciso 3, el requerimiento del bien común, limitan la expropiación de la propiedad en los términos del artículo 14 inciso 3, es decir la limitación de que sea por ley y el requisito de compensación. Si estos requerimientos no se cumplen el derecho básico de la propiedad se encuentra violado. El deber del propietario de tolerar la intrusión contra su derecho de propiedad esta limitada en los términos de la Constitución en sí misma. Estos límites están fijados y son permanentes. La legislatura no está autorizada a cambiarlos.*

*Más allá de todo esto, el derecho de propiedad como esta especificado en el artículo 14 inciso 3 está asegurado por el hecho de que la propiedad no puede ser expropiada en ausencia de una justa compensación. La base de esta garantía en una expropiación autorizada es el valor de la propiedad en cuestión. Por lo tanto, el estado está obligado a compensar a los propietarios cuyos derechos especiales y privilegios han sido sacrificados por el bien común. Si la*

*compensación no es compatible con los requerimientos del artículo 14 inciso 3, entonces este derecho se encuentra violado resultando en una expropiación inconstitucional. En la misma medida, la legislatura se encuentra sin autoridad para restringir o negar la compensación adecuada tal como está prevista en la Constitución.*

*Es esencial comprender que el derecho de propiedad garantizado en el artículo 14 tiene un significado muy amplio que va más allá de la protección que se le concedía en la Constitución de Weimar. La función del artículo 14 no es primariamente prevenir la expropiación de propiedad sin compensación, sino asegurar la propiedad existente en las manos de su propietario. La visión propuesta en la Constitución de Weimar, y en alguna extensión en el artículo 14 es que la garantía de la propiedad es esencialmente una garantía del valor de la propiedad, y que su expropiación es aceptable en la medida que las partes estén compensadas adecuadamente. Sin embargo ésta compensación no refleja el objetivo completo y el espíritu del artículo 14. Como la constitución de Weimar no tenía provisiones para probar la constitucionalidad de las leyes de expropiación y porque el control judicial se encontraba severamente restringido el poder judicial tenía que concentrarse primariamente en la protección de la propiedad de los dueños a través de la compensación. Por lo tanto, el derecho básico de la propiedad emergió más y más a través del reclamo de una compensación adecuada. Por el contrario, como se ha indicado ya, la garantía de propiedad en el artículo 14 inciso 1 debe ser vista con relación a la personalidad del propietario, al reino de libertad dentro del cual las personas se dedican a una actividad responsable que los define. El derecho de propiedad no es primariamente una garantía material, sino antes, una garantía personal. El derecho básico protege al individuo contra cada limitación injustificada en el amplio campo de los derechos protegidos.”*

La importancia del Caso de Control de Inundaciones porque señala o marca la función social del derecho de propiedad en la ley fundamental. Particularmente enfatiza que en el derecho constitucional Alemán existe un carácter subjetivo del derecho de propiedad, éste está asociado con la libertad y con la personalidad provee un espacio para el ejercicio de la autonomía y de la autorrealización. Por lo tanto, como señala el caso de control de inundaciones el estado no puede cambiar el código civil de una manera que pueda constreñir o eliminar el núcleo de esta libertad. De ahí surge, por lo tanto, que las restricciones a la propiedad deben también respetar el valor constitucionalidad de la personalidad que se encuentra debajo de la propiedad individual. La Corte Constitucional también requiere que toda restricción de la propiedad sea consistente con otros valores básicos de la Constitución como es el principio de protección igual.

Sin embargo, el Caso de Control de Inundaciones también señala un carácter institucional de la propiedad.

La propiedad en este sentido, como otras decisiones básicas de los constituyentes, es una institución legalmente autónoma, un valor constitucional objetivo que el estado está obligado a preservar y respetar. Exactamente que obligación positiva el estado debe cumplir bajo esta teoría no ha sido descripta totalmente. Pero se puede sugerir el carácter objetivo del artículo 14, puede requerir que la legislación de la protección del medio ambiente preserve el valor de la propiedad y el uso productivo que depende del agua limpia y de los bosques.

### ***La obligación social de la propiedad:***

La propiedad de acuerdo al artículo 14 inciso 2 de la Ley Fundamental de Alemania, impone obligaciones y debe cumplir el bien común. Esto podría sugerir que la legislatura tiene un amplio marco para la regulación de la propiedad y del interés público. La propiedad, por lo tanto, no podría ser utilizada para dañar el interés público de la misma manera que puede ser regulada en el interés público. Si embargo, la regulación de la propiedad no puede infringir la esencia del dominio. El núcleo de uno de los valores objetivos de la ley fundamental no puede ser infringido aun en interés del deber social. El interés público puede tener que dar paso si el poder del dominio eminente es utilizado para intervenir con los derechos arraigados a la personalidad.

Por ejemplo, si la condena de la propiedad privada puede cambiar fundamentalmente la estructura de relaciones sociales y personales importantes. La colectivización de la agricultura es posiblemente un ejemplo de este cambio fundamental. De esta manera, el artículo 19 inciso 2 niega al gobierno el poder de cambiar estas relaciones aún si se deja el capital de los individuos afectados intacto.

Los dos principios más importantes son el **sacrificio individual** y la **intensidad regulatoria**. Si la carga de la regulación cae pesadamente o fuertemente privándole del uso de su propiedad, y si todos los beneficios de la regulación tiene destino público el estado entonces está obligado a compensar al propietario. Por otro lado, no se daría compensación si es una regulación impuesta uniformemente que concede beneficios a todos los propietarios al mismo tiempo que les extrae costos limitados en función del bien común. En suma, el estado actúa injustamente si fuerza al individuo a sacrificar sus derechos esenciales por el bien común, pero si un individuo afectado por una reglamentación general es parte del público y se beneficia con la reglamentación también se espera que sufra el costo, en cuyo caso su pérdida no es compensable.

La Corte constitucional federal no ha establecido un énfasis primario en ninguno de estos dos principios, ni en el del sacrificio individual ni en el de la intensidad regulatoria, los trata en conjunto.

La posición central de la Corte, esta establecida en el **Caso de los Viñedos de 1967** (21BverfGE150) y es que la propiedad puede ser regulada pero no hasta un grado intolerable. En el Caso de los Viñedos, la Corte sostuvo la constitucionalidad de una restricción federal para el cultivo de nuevos viñedos, no solamente porque la regulación ayudaba a mantener la calidad del vino alemán, pero también porque contribuía a la posición económica de la industria vitivinícola en su conjunto y en particular a los productores de uvas. La carga impuesta por la regulación no era por lo tanto excesiva. Como lo estableció en el caso del control de inundaciones la propiedad esta sujeta a la regulación pública y puede ser expropiada dentro de las reglas de la ley fundamental. La Corte constitucional insistió, sin embargo, en una valoración independiente de lo que constituye el interés público dentro del significado de la cláusula de expropiación. En el caso de control de inundaciones la Corte autorizó que se tomara las propiedades de la tierra anegadiza para los diques porque estos irían a ser utilizados con un objetivo público particular. La regla general en Alemania, es que si se toma la propiedad privada esto es aceptable solamente cuando se paga una compensación adecuada.

### ***El contenido y los límites de la propiedad:***

El artículo 14 inciso 2 de la Ley Fundamental otorga a la legislatura la autoridad de determinar el contenido y límites de la propiedad. Sin embargo de acuerdo con el artículo 19 inciso 2, la Corte constitucional es requerida para definir la esencia del derecho de propiedad si la libertad asociada con ella debe ser protegida. La Corte ha considerado el problema de esta definición **viendo la garantía de la propiedad dentro del marco de la Constitución en su totalidad**. Y se ha confiado o se ha apoyado en el desarrollo histórico del concepto de propiedad en el código civil y no en una aproximación sistemática o teleológica de la interpretación constitucional.

Al reglamentar los límites y contenidos de la propiedad la legislatura debe, de acuerdo a la interpretación de la Corte constitucional, darle el peso debido al valor fundamental otorgado por los constituyentes a la propiedad privada. De la misma manera que lo hizo con otros derechos fundamentales **el equilibrio** es el tema más importante, porque toda la reglamentación esta sometida a ciertos valores más amplios que informan el contenido o el significado de la Constitución en su totalidad. Estos son **los principios de dignidad humana, personalidad e igualdad** que están establecidos en los primeros tres artículos de la ley fundamental. La función de la legislatura es la de traer estos valores en algún tipo de equilibrio. Finalmente los principios de proporcionalidad, estado de derecho y estado social deben tenerse en cuenta.

En otros casos se puede determinar de que manera la Corte constitucional ha adjudicado estos valores que son generalmente conflictivos. **En el caso del Pequeño Jardín de 1979, (52BverfGE300)** la Corte constitucional declaró inconstitucional una ley federal que intentaba limitar el derecho de los propietarios a terminar alquileres de jardines. Estos jardines o estos espacios para jardines alquilados a los propietarios en las afueras de grandes ciudades era un tema común en la organización social alemana y se consideraba, en alguna época tuvieron inclusive una función de alimentar a la población. La legislatura pensó que la limitación del derecho de los propietarios a terminar estos alquileres de los jardines, era consistente con el deber social de la propiedad y de la política emergente por el gobierno nacional en contra de la extensión o de la difusión de las ciudades. Pero a la luz de las condiciones económicas cambiantes y en los desarrollos de la agricultura comercial, la carga en el propietario fue considerada por la Corte de ser muy pesada con relación al valor del interés protegido, de esta manera la Corte declaró inconstitucional esta ley que intentaba limitar el derecho de los propietarios a terminar o concluir los contratos de locución de estos jardines.

En el **caso Feldmühle de 1962**, (14 BVerfGE 263) la Corte sostuvo la validez de una ley de reorganización de empresas que permitiera a la mayoría de los dueños de las acciones que poseyeran más de las  $\frac{3}{4}$  partes del capital a convertirla en una nueva compañía en contra de la objeción de los accionistas minoritarios. Como la legislatura actuaba en interés general al permitir la creación de empresas de mayor tamaño, dijo el tribunal, la regla de conversión de  $\frac{3}{4}$  partes no estaba manifiestamente fuera de la proporción para que severamente limitara el interés de propiedad de los accionistas minoritarios.

### **El Caso del Agua Subterránea de 1981, 58 BverfGE 300.**

El caso del agua subterránea es un precedente constitucional muy importante en la definición de los derechos de propiedad contemporáneos. En casos anteriores, incluyendo el caso de control de inundaciones, se enfatizó la importancia del derecho privado en la definición del contenido y los límites de la propiedad.

En el caso del agua subterránea, se considera un peso equilibrado entre el derecho público y el derecho privado en establecer los límites en el uso de la propiedad.

El caso surgió de la ley federal de recursos del agua en su versión de 16 de Octubre de 1976. El objetivo de la ley era de preservar las fuentes públicas de agua en contra de la contaminación o de otros usos que pudieran ser perjudiciales para el bienestar general, la ley requería que toda persona cuyas actividades afectaran la cantidad o calidad de agua subterránea debía pedir o solicitar un permiso que se

concedía por periodos limitados de tiempo y con objetivos específicos que eran determinados por la ley.

El recurrente poseía o era propietario y operaba una cantera cerca de Münster y por décadas había usado libremente el agua subterránea debajo de su propiedad con el fin de extraer el material de su cantera. Este uso ilimitado del agua subterránea había sido restringido en 1968, al establecerse un nuevo distrito de conservación de agua, ya que la cantera estaba ubicada cerca de un distrito y cerca de los pozos que utilizaba una ciudad para obtener agua. Pero como estos pozos utilizados para extraer agua que utilizaba la ciudad, se veían en peligro por la operación de la cantera, la ciudad denegó al propietario de la cantera el permiso para utilizar el agua existente debajo de su propiedad. Después de agotar los remedios administrativos el recurrente demandó al estado de Renania del norte y Westfalia por daños, reclamando que la negación del permiso para utilizar el agua para extraer el material, privaba su derecho de propiedad así como sus derechos a continuar con la misma actividad, si bien ganó en el juez de primera instancia perdió en la Corte de apelaciones del estado. La alta Corte de justicia, en la duda de la compatibilidad de la ley de recursos de agua, el derecho de propiedad de la Constitución refirió el caso a la Corte constitucional federal.

#### “Fallo del Primer Senado”

*“C.II.2.a. El tribunal que refirió el caso parte de la presunción que el agua subterránea es parte de la propiedad del dueño del predio, y que esta dentro de sus derechos bajo la sección 905 del código civil.<sup>4</sup>*

*El derecho de propiedad que está en cuestión aquí incluye el derecho a disponer del agua subterránea que se encuentra en el terreno. La ley de recursos de agua, por lo tanto viola un derecho que esta asociado a la propiedad. No aceptamos esta interpretación de la ley.*

*El tribunal que refiere el caso adhiere a la visión razonable de la propiedad, su contenido esta determinado por la sección 903 del código civil. De acuerdo con esta visión los limites impuestos por la ley de recursos de agua sobre derechos asegurados o del derecho privado restringen indebidamente el derecho de propiedad. En los ojos del tribunal de referencia, la ley de recursos de agua equivale a una expropiación porque es una infracción a la esfera privada.*

*La visión legal del derecho de propiedad, establecida por la sección 903 del código civil, tomando preferencia sobre las regulaciones del derecho público, una visión aceptada bajo la Constitución de Weimar, contradice la ley fundamental El concepto de propiedad como está garantizado por la Constitución debe ser derivado de la misma constitución. Este concepto de propiedad en el sentido constitucional no puede ser*

---

<sup>4</sup> La sección 905 declara o establece el derecho del propietario de un predio que se extiende al espacio sobre superior a la superficie y al cuerpo y a lo que existe debajo de la superficie.

*derivado de las leyes ordinarias que se encuentran en un rango inferior al de la Constitución, ni de la amplitud de la garantía de la propiedad concreta puede ser determinada sobre las bases de las reglamentaciones del derecho privado.*

*La ley fundamental asigna a la legislatura la tarea de definir el derecho de propiedad de una manera que proteger los intereses del individuo y del público. La legislatura tiene una doble responsabilidad: primero, hacer las normas de derecho privado que gobiernen la protección y transferencia de la propiedad, segundo, salvaguardar los intereses públicos en los cuales cada ciudadano tiene un interés fundamentalmente a través de las reglamentaciones de derecho público. Tanto el derecho privado como el derecho público contribuyen igualmente a la determinación de la posición legal constitucional de la propiedad del dueño.*

*El cuerpo del derecho de propiedad representado en el código civil no define exclusivamente el contenido y límites de la propiedad. La totalidad de reglamentaciones sobre la propiedad que existen en puntos particulares en el tiempo, determinan que derechos de propiedad del dueño o del propietario existen concretamente. Si estas regulaciones quitan al propietario de cierto control sobre su dominio entonces este control no está incluido en su derecho de propiedad.*

*3.b. La ley de recursos de agua no constituye una expropiación por ley, como hubiera sido el caso de la vieja ley prusiana de recursos de agua que permitía al propietario un derecho absoluto sobre el agua debajo de su predio. La ley actual define meramente para el futuro y para la República Federal de Alemania, como una cuestión de derecho objetivo el contenido de la propiedad en relación con el agua subterránea. Este cambio en el derecho objetivo no resulta de una privación de un interés legal concreto protegido por la garantía institucional del artículo 14 inciso 1 y por lo tanto no constituye una expropiación.*

*Un mayor examen revela que las reglamentaciones en cuestión definen correctamente el contenido y límites del derecho de propiedad.*

*Cuando se define el contenido y límites de la propiedad bajo el artículo 14 inciso 1, la legislatura debe reconocer el derecho constitucional de la propiedad privada de acuerdo con el artículo 14 inciso 1 y el deber social asociado a la propiedad bajo el artículo 14 inciso 2. Como se ha enfatizado repetidamente por la Corte constitucional federal, la legislatura debe observar ciertos niveles constitucionales cuando se limita el derecho a la propiedad. La cuestión aquí es saber si la legislatura ha violado el derecho de propiedad cuando ha separado el uso del agua subterránea del derecho de propiedad.*

*Primero de todo, no podemos inferir de los términos del artículo 14 que el agua subterránea deba ser adjudicada legalmente como una cuestión de principio al propietario porque se presume una relación natural entre el agua subterránea y la propiedad en la cual esta ubicada. La legislatura no está obligada a adherir a un concepto de propiedad que pudiera emanar de la “naturaleza de las cosas” cuando se establece una serie de reglamentaciones permitiendo los derechos de propiedad de acuerdo con la ley fundamental.*

*La garantía institucional a la propiedad privada limita a los legisladores de modificar o de limitar el núcleo del derecho de propiedad establecido en el derecho privado de tal manera que remueva o reduzca sustancialmente el ámbito de libertad garantizado por el artículo 14. Pero la definición de propiedad no es de dominio exclusivo del derecho privado. La garantía institucional no está afectada adversamente cuando el derecho público aparece para proteger y defender aspectos de la propiedad vitales para el bienestar del público general.*

*Las objeciones planteadas en contra de estas reglamentaciones legales se basan en la asunción errónea de, hablando constitucionalmente, el agua subterránea es legalmente inseparable del derecho de propiedad.*

*Primero es incorrecto asumir que la ley de recursos de agua pueda llevar a una erosión de la sustancia del derecho de propiedad porque hubiera estado sujeta a un control en el interés de la sociedad. El derecho de propiedad no resulta en la pérdida del usufructo, simplemente porque el derecho del propietario a utilizar del agua subterránea está sujeto a una aprobación gubernamental. El derecho del propietario siempre ha sido primariamente el derecho a la utilización de la superficie de la propiedad mientras que el derecho a tomar el material enterrado o bajo tierra ha sido siempre sujeto a amplias restricciones. Aún el derecho a disponer de la superficie de la propiedad está en muchas maneras sujeta a restricciones constitucionales.*

*La posibilidad de hacer un uso económico significativo de la propiedad no significa, como una norma, depende si el agua subterránea pueda ser traída a la superficie o utilizada por el propietario. El derecho garantizado constitucionalmente a la propiedad no permite al propietario hacer uso exactamente de lo que promete la mayor ventaja económica posible.*

*Lo establecido en el procedimiento inicial indica que el reclamante ha estado trabajando la cantera desde 1936. La decisión en este caso, por lo tanto, también se refiere a saber si la ley de recursos de agua retiró una posición legal constitucionalmente protegida a la cual el recurrente tenía derecho anterior a la sanción de la ley de recursos de agua. De esta manera, la legislación anterior así como las normas de transición de la ley de recursos de agua deben ser tomadas en consideración.*

*I. La prueba constitucional debe proceder del hecho que las posiciones de la ley de recursos de agua de Prusia no impedían al propietario el retiro o la explotación de una cantera y que la garantía al derecho de propiedad protegía el derecho a usar agua subterránea que había sido concedido y ejercitado bajo la vieja ley. Sería incompatible con el contenido de la ley fundamental si el gobierno estuviera autorizado abruptamente y sin un período de transición a prevenir la continuación del derecho de propiedad cuyo ejercicio hubiera requerido inversiones iniciales considerables. Este tipo de reglamentación hubiera devaluado inversiones de trabajo y capital de un día para otro.*

*Hubiera limitado la confianza en la estabilidad del orden legal que sin una estructura responsable y una planificación de la vida serían imposibles en el área de la propiedad privada.*

II.2. *La ley de recursos de agua no esta invalida constitucionalmente porque niegue el derecho del uso a la propiedad y no provea la base para un reclamo de compensación.*

a. *La garantía constitucional de la propiedad ejercitada por el recurrente no implica que un interés de propiedad una vez concedido debería estar preservado en a perpetuidad y que solamente pueda ser retirado basado en una expropiación. La Corte constitucional federal ha establecido reiteradamente que la legislatura no se encuentra frente a la alternativa de, o preservar el antiguo orden legal o de retirarlo a cambio de una compensación cada vez que una área legal deba ser nuevamente reglamentada. Dentro del marco del artículo 14 inciso 1, la legislatura puede reestructurar posiciones legales individuales al sancionar una norma de transición apropiada y razonable cada vez que los intereses públicos ameriten precedencia sobre alguna confianza justificada asegurada por la garantía de continuidad en la permanencia de un derecho adquirido.*

c. *Más aún, la sección 17 de la ley de recursos de agua le otorgó al reclamante la posibilidad de continuar su utilización ilimitada del agua subterránea, sin un permiso por otros cinco años luego de la sanción. Como la ley de recursos de agua no fue implementada hasta 31 meses después de su sanción, las partes afectadas tenían aproximadamente 8 años en los cuales podían ajustar su posición legal que había sufrido un cambio. La fecha límite se veía aun extendida si una solicitud de un permiso hubiera sido presentada para la continuación del uso ilimitado. El derecho a utilizar el agua subterránea sin un permiso no terminó en estos casos hasta una decisión final y concluyente hubiera sido llevada a la petición. Como resultado el reclamante en el procedimiento original tuvo la oportunidad de continuar la operación de su cantera en forma ilimitada por 17 años más allá del plazo del tiempo establecido originalmente en la ley de recursos de agua.*

*Con respecto a las operaciones de la cantera, comenzadas bajo las disposiciones de una ley anterior, las normas de transición de la presente ley son por lo tanto razonables ya que consideran suficientemente los intereses afectada. Esto se aplica también a los efectos, si es que ha habido alguno, a la actividad empresarial.*

### **Los Casos de Derecho de Autor:**

Cinco casos muy controvertidos se decidieron en 1971 y que establecieron que ciertas creaciones intelectuales y artísticas constituían “propiedad” dentro del significado del artículo 14. La naturaleza y extensión del derecho al material protegido por el copy right u objetos protegidos por ley de patentes, podían ser determinados por la legislatura en interés público. A pesar que la Corte anuló reglamentos que anulaban derechos de autores y compositores por la producción y distribución de su trabajo, reconoció disposiciones legales que permitían la utilización del material protegido sin autorización en ciertos tipos de contextos educativos culturales. Aquí más que en los casos relativos con otros tipos de

propiedad, la Corte constitucional considera al derecho de propiedad en forma equilibrada con los derechos a la personalidad y a la libertad artística. Pero los casos también fueron ubicados con una referencia particular al carácter social de la propiedad intelectual.

En el **caso del Libro de Texto** la opinión más importante se presenta no solamente por lo que tiene que decir sobre la propiedad intelectual, sino también porque une o trae a referencia muchos de los principios que gobiernan la construcción que la Corte constitucional hace del contenido y límites del artículo 14 sobre el derecho de propiedad.

### **El Caso del Libro de Texto 31 BverfGE 229, 1971**

En el año 1965 el parlamento reformó la ley federal de derecho de autor para autorizar que obras literarias o musicales de poca extensión o fotografías ya publicadas, pudieran ser publicadas en una colección que uniera los trabajos de un número considerable de autores y fuera utilizada por su naturaleza exclusivamente en un uso religioso, escolar o de instrucción.

Este tipo de colecciones debía tener una declaración clara de su fin en la primera página, además los autores debían ser notificados por correo certificado de la utilización de su trabajo antes de la reproducción y distribución pudiera ser usada. Algunos músicos plantearon la cuestión constitucional indicando que la norma violaba su derecho de propiedad bajo el artículo 14.

#### “Fallo del Primer Senado”

*Los reclamos constitucionales son justificados.*

*I. El copy right protege al autor con respecto a su relación personal e intelectual con su trabajo y también con respecto a la utilización de su trabajo. De acuerdo con esta comprensión del contenido del derecho de autor la ley diferencia entre los derechos morales del autor y los derechos de utilización. La cuestión sobre la relación legal entre estos dos aspectos del copy right y que derechos básicos constitucionales gobiernan las relaciones personales e intelectuales del autor y su trabajo no requieren ser elaboradas en este caso.*

*La evaluación constitucional debe concentrarse exclusivamente en el aspecto económico del copy right. En esta cuestión, la Corte constitucional federal de acuerdo con la opinión prevaleciente actúa sobre la base que la constitucionalidad de los derechos del autor a la utilización de su obra debe ser valorada bajo el artículo 14.*

*La idea y objetivo detrás de la garantía constitucional de la libertad artística, artículo 5 inciso 3, es la de mantener al gobierno fuera de esos procesos, acciones y decisiones enraizadas en las leyes inherentes de la creación artística y motivadas consideraciones estéticas. La libertad artística prohíbe cualquier intento oficial de influir la tendencia o contenido de la actividad artística para prescribir reglas obligatorias*

*universalmente para el proceso creativo o al estrecho campo de la actividad artística.*

*En el caso de la sección 46 de la ley de copy right, estas cuestiones particulares no son la cuestión. Esta norma presupone la publicación de los trabajos de las copias cuyas copias están en circulación y están a la venta con el consentimiento del autor. Por lo tanto este caso no concierne con la actividad artística como tal, ni siquiera con el proceso de hacer el trabajo creativo conocido para el público general.*

*Lo crítico aquí es la utilización económica de la creación intelectual. La cuestión es saber si la limitación legal de los derechos económicos de los autores es compatible con la Constitución una cuestión dentro del marco protector normal de la garantía de propiedad del artículo 14. Considerada dentro del marco de la Constitución como un todo, esta garantía primariamente tiende a proteger al tenedor o al poseedor de un derecho básico de propiedad al concederle el control sobre la utilización y disposición de su propiedad y por lo tanto permitirle independientemente su propia vida.*

*El carácter defensivo y protector del derecho de propiedad requiere que nosotros clasifiquemos los derechos económicos del autor como propiedad dentro del significado del artículo 14 y extendamos su protección a estos derechos. En nuestra valoración constitucional, sin embargo, debemos considerar la unión inexplicable entre la creación personal y artística y su utilización económica, unidas con la naturaleza especial y el carácter de los derechos de propiedad.*

*La sección 46 de la ley de copy right, es incompatible con la garantía de la propiedad del artículo 14 inciso 1.*

*Porque no existe una definición de propiedad absoluta y preexistente y porque el contenido y función de la propiedad debe ser ajustado al cambio económico social. La Constitución inviste a la legislatura con la autoridad de definir su contenido y límites. Los derechos económicos de los autores, como los derechos de propiedades tangibles, no están excluidos de ser modelados por el orden legal.*

*Limitados por la Constitución, sin embargo, la legislatura no está totalmente libre para disponer de esos derechos.*

*Al determinar el contenido del derecho la legislatura debe asegurar que el núcleo esencial del derecho sea preservado y esté conforme con todas las otras normas constitucionales.*

*El artículo 14 inciso 1, garantiza primero y principal la institución legal de la propiedad. Esta institución otorga al individuo el derecho de usar y disponer privadamente de su propiedad.*

*En el campo del derecho de autor, el significado de esto es claro, incluye los elementos esenciales del derecho de autor como propiedad dentro del significado de la Constitución asegurando, por derecho privado, de los resultados como de propiedad de su actividad creativa, atribuyéndole a él y a su libertad de disponer de su trabajo y bajo su propia responsabilidad.*

*Esta es la esencia del copy right protegido por la Constitución.*

Esta libertad fundamental del autor de disponer de los derechos económicos asociados con el derecho de autor no significa, sin embargo, que todo uso concebible de su propiedad esté asegurado constitucionalmente.

*La garantía constitucional asegura un grupo básico de reglas legales que llegan a existir en orden a justificar la caracterización del derecho como de propiedad privada.*

*En el curso de definir el contenido del derecho del autor bajo el artículo 14 inciso 1, la legislatura es responsable de establecer los estándares designados para garantizar la utilización apropiada de una obra de arte que corresponda a la naturaleza y significado social del derecho.*

*Bajo la sección 15 de la ley de copy right, el autor tiene entre otros el derecho exclusivo a utilizar su trabajo en forma material; Se encuentra básicamente libre de disponer de su trabajo, a través de contratos. Este derecho sin embargo no es ilimitado. Hay varias limitaciones a los derechos de autor contenidos en la ley que son de diferentes niveles y de diferentes grados. Lo establecido en la ley cuestionada aquí que permite a las terceras partes utilizar el trabajo del autor sin su consentimiento previo, y libre de cargo es permitida.*

*Al valorar la constitucionalidad de esta norma, la Corte debe tener en mente que la legislatura no está solamente obligada a salvaguardar los intereses del individuo sino también a circunscribir los derechos individuales a la extensión necesaria de asegurar el bien público. Debe intentar establecer un equilibrio justo entre la esfera de libertad individual y los intereses del público. La validez de la norma*

*“ III. 1. No hay objeciones contra los derechos de autor con respecto a las colecciones especificadas en la sección 46 inciso 1 de la ley de copyright. Cuando un trabajo protegido ha sido publicado, no está a la disposición exclusiva del individuo porque en ese momento ingresa simultáneamente en la esfera social y por lo tanto se transforma en un factor independiente que contribuye al clima cultural e intelectual del momento. Por lo tanto el público general tiene un interés sustancial en ver que el agente joven en su paso por la educación tengan acceso a estas creaciones artísticas. Esto también se aplica a aquellos que participan en esos programas educacionales.*

*La realización de esta tarea social no sería posible si un autor estuviera completamente libre para impedir la utilización de su trabajo en una colección educacional. El interés legítimo del autor ha sido tenida en cuenta de una manera razonable a la luz de los objetivos definidos estrechamente para los cuales la colección ha sido utilizada. La exclusión de estos trabajos en las colecciones para ser utilizados por razones religiosas, es por lo tanto justificado en vista por la posición especial de las iglesias en nuestra vida pública.*

*2. La norma atacada no es constitucional, sin embargo, en la extensión que permite la incorporación de material protegido por el copy right, dentro de la colección mencionada anteriormente sin una compensación.*

*La negativa de toda compensación para la reproducción y distribución de sus trabajos en estas colecciones impide el derecho del autor de disponer de su propiedad porque el es incapaz de prevenir la utilización de su trabajo o de establecer condiciones por contrato bajo las cuales su trabajo puede ser utilizado. Esta limitación resulta en un impedimento sustancial del valor económico asociado con su trabajo protegido por el copyright, si la oportunidad ordinaria de negociar royaltys no esta disponible y si la legislatura no sanciona como un sustituto de la capacidad de negociar alguna provisión para una remuneración al autor.*

*..Debemos recordar que lo que se tiene en cuenta aquí es la creatividad intelectual y personal del artista. Por lo tanto, no toda consideración de interés público justifica la negativa del derecho a la remuneración, en particular del público general en el acceso no restringido a los trabajos protegidos por el copyright no es en sí mismos una justificación suficiente. La intensidad de la limitación del dueño del copyright, requiere para su justificación un interés público compelen principal sobre si su validez debe ser sostenida. Un interés público general de esta naturaleza no existe.*

*b. El razonamiento adelantado en el parlamento que los autores están obligados por su deber a permitir la reproducción de sus trabajos sin cargo porque deben una deuda especial de gratitud al público general es inaceptable. Los autores no son la única persona que construyen sobre valores culturales tradicionales y sobre la propiedad intelectual común del pueblo. Lo mismo es cierto que todas las personas creativas e intelectuales. Lo que es decisivo, sin embargo, es que no existe otra esfera de la vida comparable donde haya una obligación legal de poner los frutos del trabajo propios a la disposición del público para fines de educación en la ausencia de remuneración. Los reclamantes señalan correctamente que el uso de instrumentos de esa ciencia natural esta protegida bajo las leyes de patentes.*

*El trabajo del autor es un prerrequisito para la producción de un libro escolar y de antologías. Su creación es decisiva porque sin su contribución esa colección seria imposible. Sin embargo, la carga plena de las limitaciones legales caen sobre los hombros del autor, si se espera que done sus servicios sin cargo. La ley no niega a nadie más, ni al editor ni a quien imprime una participación en la compensación por sus esfuerzos comunes. No existe por lo tanto, una justificación convincente para esta política.”*

# Bienes públicos, privados y preferentes.

---

## **Los bienes estatales.**

El Estado provee directamente algunos bienes y regula la oferta de otros. Las características técnicas de ciertos bienes pueden causar que los mercados fracasen en su provisión. La falla del mercado provee la justificación económica convencional para que el Estado provea y regule esos bienes.

## **Bienes públicos puros.**

Para desarrollar una teoría de los bienes públicos debemos partir de que los bienes públicos no se consumen cuando otra persona los consume. Es decir, no hay rivalidad en los bienes públicos. Por ejemplo, el gasto militar provee seguridad frente a un ataque exterior, y la seguridad que goza un ciudadano no va en desmedro de la seguridad que goza otro ciudadano. Además de no existir una rivalidad, los bienes públicos puros no se excluyen, lo que significa que es poco probable que se puedan excluir a ciertos individuos de gozar de sus beneficios. Lo mismo ocurre con el tema de seguridad o que si el bien público puro habitual de que existan calles en buen Estado no puede excluirse a ciertas personas de circular en ella, porque cobrar una tasa de acceso sería ineconómico. **Como no es probable la exclusión porque es antieconómica, los individuos tienen un incentivo a *free ride***, es decir, no pagar por los bienes públicos. Este comportamiento impide a los proveedores de tener una ganancia, por lo tanto es muy difícil la oferta privada de bienes públicos. El Estado puede impedir esta *free ride* o no pago de los bienes públicos porque cobra impuestos generales a la población para financiarlos. Para eliminar este problema completamente el Estado debe establecer un impuesto a todos los que se benefician de ese bien público. Todos en una Nación nos beneficiamos de los bienes públicos puros. El gobierno central puede establecer un impuesto a todos los habitantes más efectivamente que lo que podrían los gobiernos locales.

La **obligación del Estado es suministrar bienes públicos**, es decir los bienes que provee la organización pública y cuyo precio son los impuestos que pagamos. Sin embargo el nivel de gasto que debe destinárseles suscita controversias. Hay quienes imaginan que el sector público es demasiado grande y que gasta demasiado en bienes

públicos, otros piensan que el Estado es insuficientemente sensible a las necesidades públicas que existen en una sociedad desarrollada.

Los **bienes públicos puros** tienen dos propiedades esenciales. En primer lugar no es viable racionar su utilización. En segundo lugar no es deseable racionarlo. El ejemplo más claro de un bien cuyo racionamiento no es posible es la **defensa**. Si nuestro sistema de defensa logra el objetivo de evitar un ataque de otro país, no existe forma de excluir a nadie de sus beneficios. De la misma manera, es casi imposible impedir a una persona que se beneficie de un programa sanitario nacional, como es la campaña de vacunación que reduce la incidencia de epidemias. En algunos casos, la exclusión es viable pero muy costosa. Como sería el caso de impedir el acceso a personas a los parques.

El mercado no genera una cantidad de bienes públicos eficiente en el sentido de Pareto, es por eso que no es posible un sistema de distribución de bienes públicos basado en los precios. Supongamos que todos valoráramos un sistema de defensa del territorio pero que el **Estado no la suministrara**. Podría cumplir esta función una empresa privada. Para hacerlo tendría que **cobrar los servicios** que presta. Pero como todos los posibles contribuyentes sabrían que acabarían beneficiándose de sus beneficios, independientemente de lo que contribuyeran a afrontarlos, **no tendrían ningún incentivo para pagarlos** voluntariamente. Esta es la razón por la que debe obligárselos a financiar estos bienes mediante impuestos. La renuencia a contribuir a la financiación de los bienes públicos es lo que se llama el **free rider** o en una posible traducción, **polizón**.

Un ejemplo tradicional es el de las campañas de vacunación obligatorias. Uno de los métodos por los cuales se reduce la incidencia de algunas enfermedades son las vacunas. Las personas que al vacunarse incurren en costos: incomodidad, pérdida de tiempo, dinero, riesgo de contraer la enfermedad si el lote de vacunas está en malas condiciones, etc. Reciben un beneficio privado, a saber, disminuye su probabilidad de contraer la enfermedad. Pero una gran parte del beneficio es un bien público: la reducción del peligro de contagio en la sociedad, de ello se benefician todos. En muchos casos, los costos privados son superiores a los beneficios privados, pero los beneficios sociales entre los que se encuentran la reducción de la incidencia en la enfermedad son muy superiores a los costos. Para evitar problemas de free ride las autoridades sanitarias obligan a los ciudadanos a vacunarse.<sup>5</sup>

De la misma manera, a todos nos interesa aceptar que se nos obligue a pagar impuestos para financiar bienes públicos. Es decir,

---

<sup>5</sup>Esto ha llevado a algún planteo constitucional: el caso Jacobson v. Mássachussets, ya citado.

aceptamos que el Estado nos suministre bienes y que a cambio de ello le pagamos impuestos y le concedemos un poder coactivo. Pero **una vez concedido el poder coactivo es posible que, a menos que se limite de una forma, un grupo se aproveche de él para extraer recursos de algún otro.** De esta manera, al conceder al Estado el poder coactivo es posible mejorar el bienestar de todas las personas pero también mejorar la situación de unas a expensas de otras. Por este motivo, surge el problema del *free rider* en otros muchos contextos. Vale decir, hay personas que no cumplen con su obligación, no pagan los impuestos, no realizan las contribuciones personales pero reciben igualmente el beneficio de los bienes públicos, y alguien acaba haciendo el pago que les tocaría a ellos. (cf. Joseph Stiglitz, *La economía del sector público*, p. 135.)

### **Bienes cuyo racionamiento no es deseable.**

La segunda propiedad de un bien público es que **no es deseable excluir a ninguna persona.** La cantidad que consume el individuo no reduce la cantidad que pueden consumir los demás. En otras palabras, el costo marginal de suministrar el bien a otra persona más es nulo. Si el gobierno crea una instalación militar para protegernos de una invasión, ésta nos protege a todos, el costo de defensa nacional apenas resulta afectado cuando nace otro niño o cuando una persona migra a nuestro país. Esto **contrasta claramente con los bienes privados.** Si una persona está sentada en una silla impide que otros se sienten en ella. Es importante distinguir el costo marginal de suministrar un bien, del costo marginal que resulta del hecho que una persona adicional disfrute de ese bien. Cuesta más instalar más faros para la ayuda a la navegación, pero no cuesta más permitir que un barco adicional se guíe por un determinado faro cuando navegue cerca de él.

### **Los bienes públicos puros e impuros.**

La defensa es uno de los pocos bienes públicos puros que satisface las dos condiciones, que no es posible ni deseable impedir que se utilicen. Pero son muy pocos, es difícil encontrar bienes que encuentren en esa situación. Muchos bienes tienen una de las dos propiedades y en diferente grado, por ejemplo la exclusión puede ser posible pero no deseable. En otros casos, la exclusión puede ser posible pero costosa y por lo tanto es mejor que el bien sea suministrado por el Estado. Por ejemplo, puede haber municipalidades que suministren algo gratuitamente, como las instalaciones de deportes en un paseo público, ya que aunque es posible instalar maquinarias que controlen la utilización pero los costos son superiores a los beneficios, los costos marginales de suministrar el bien a otra persona aunque sean pequeños no son nulos.

### **La ineficiencia en la provisión privada de bienes públicos.**

Es posible cobrar la provisión de numerosos bienes cuando el costo marginal que los disfrute una persona adicional es cercano a cero. Estos bienes pueden ser suministrado por empresas privadas. **El argumento a favor de la provisión pública es que ésta resulta más eficiente.** Cuando el hecho de que una persona más utilice un bien no tiene ningún costo marginal, este bien no debe racionarse. Pero si ha de ser suministrado por una empresa privada, ésta debe cobrar por su uso, y el precio que cobre disuadirá a los consumidores de utilizarlo, por lo tanto **los bienes públicos se sub utilizan cuando son suministrados por empresas privadas.**

Stiglitz da el siguiente ejemplo. Una empresa privada podría construir una autopista y cobrar el peaje que quisiera. Podría cobrar un peaje que cubriera con creces el costo de construcción. Pero siempre que cobre un peaje disminuiría la utilización de la autopista y algunos viajes cuyos beneficios serían superiores al costo social cero dejarían de realizarse. Si la capacidad de la autopista es superior a la demanda de viajes hay una pérdida de bienestar. Esto es llamado exceso de gravamen. Supongamos que se cobra un precio por el uso de la autopista, en este caso habría un número de viajes realizados donde el precio que está dispuesto a pagar el consumidor por un viaje adicional (la disposición marginal del consumidor a pagar) es exactamente igual al precio pagado. El costo de suministrar un viaje adicional es cero, porque la autopista está construida y tiene capacidad. La pérdida de bienestar que experimenta el usuario al no realizar el viaje es la diferencia entre lo que está dispuesto a pagar, (su beneficio marginal), y el costo marginal, por lo tanto la pérdida de bienestar es igual al precio del peaje. En los niveles de producción más altos la pérdida sigue siendo la disposición marginal a pagar pero ahora ésta es menor. Para hallar la pérdida total de bienestar sumamos simplemente la pérdida de bienestar que acompaña cada uno de los viajes que no se realiza como consecuencia del cobro del peaje. La pérdida de bienestar derivada del primer viaje que no se realiza es el precio del peaje. La pérdida de bienestar derivada del último que no se realiza es cero, es decir la disposición a pagar un viaje adicional es cero. La pérdida media de bienestar derivada del viaje es el precio dividido dos. **Este argumento indica que los bienes cuyo costo marginal de suministro es cero deben suministrarse gratuitamente ,independientemente de que sea viable o no cobrar por ellos.** (cf. Stiglitz, *La Economía del sector público*, p. 140)

En algunas ocasiones la utilización del bien público puede tener un pequeño costo marginal, en cuyo caso solo debe cobrarse al consumidor dicho costo marginal. Pero esta tasa por el uso no es suficiente para cubrir el costo total del bien público. Los ingresos necesarios para financiarlo deben recaudarse de alguna otra forma. Aunque recaudar ingresos mediante impuestos tiene costos importantes, el argumento en favor de la provisión pública de unos

bienes por los que podría cobrarse el usuario, consiste en que los costos en que se incurre cobrando por el uso, es decir, las pérdidas de bienestar derivadas de la reducción del consumo, son mayores que los costos en que se incurre recaudando los ingresos por el impuesto a las ganancias.

### **Bienes cuya exclusión es posible pero cara.**

La exclusión en el caso de los bienes privados también es costosa, es decir, la **administración del sistema de precios también tiene costos**. Por ejemplo, los costos de cobrar un peaje en la autopista, forman parte del costo administrativo del sistema de precios. Sin embargo, mientras que el costo de exclusión es relativamente bajo en el caso de la mayoría de los bienes privados pueden ser elevados, e inclusive prohibitivos, en algunos bienes suministrados por el Estado. Aún cuando el uso de un bien por parte de una persona tenga un costo marginal, es decir que no sea cero, si los costos de administrar el sistema de precios son muy altos puede ser más eficiente que el bien lo suministre el Estado y que sea financiado mediante impuestos generales. Los bienes tienen costos marginales de producción, es decir que a una empresa le cuesta una cantidad de pesos producir cada unidad del bien. Pero para venderlos tienen costos de transacción, es decir, todos los costos necesarios para realizar una transacción económica, incluyendo por ejemplo, los salarios de los vendedores. Si el bien fuera distribuido por el Estado se ahorrarían los costos de transacción y habría una ganancia adicional al aumentar el consumo, ya que las valoraciones marginales de los consumidores serían superiores a los costos marginales de producción. Pero si consumieran el bien hasta que el valor fuera cero, la disposición a pagar sería menor que el costo de producción, lo cual es ineficiente. Para decidir si el bien debe ser proporcionado por el Estado, debemos comparar el ahorro de los costos de transacción y la ganancia derivada del aumento del consumo. Hay que sumar la 1) pérdida provocada por el consumo excesivo del bien y 2) pérdida provocada por las distorsiones que crean los impuestos que financian la provisión del bien. Si los costos administrativos de financiar el bien por impuestos son menores corresponderá que lo provea el Estado. *(Stiglitz op.cit. p. 142)*

### **Bienes privados suministrados por el Estado.**

Los **bienes suministrados por el Estado cuyo costo marginal de suministrarlos a más individuos es elevado, es decir es mayor que cero, se denominan bienes privados suministrados por el Estado**. Aunque el costo de administrar un mercado constituye uno de los argumentos que se esgrime para defender la provisión pública de alguno de estos bienes, no es el único. La educación es un bien privado suministrado por el Estado. Una de las explicaciones que suele darse en favor de su provisión pública está relacionada con

consideraciones distributivas. Las oportunidades de los jóvenes no deben depender de la riqueza de sus padres.

Si un bien se suministra gratuitamente es probable que su consumo sea excesivo. El consumidor como no tiene que pagarlo demanda hasta el punto en el que el beneficio marginal que le proporciona es cero, a pesar que su precio tenga un costo marginal real. En algunos casos, como el del agua es posible que el consumidor se sacie rápidamente, por lo tanto, la distorsión puede no ser demasiado grande. En otros, como en la demanda de determinados tipos de servicios médicos la distorsión puede ser muy grande.

Es por lo tanto probable que el gobierno recurra a algún mecanismo para controlar el consumo de estos bienes. Los métodos que restringen el consumo de un bien son sistemas de **racionamiento**. Uno es el **sistema de precios**, éste es el sistema habitual y eficiente de limitar la demanda, ya que le concede el bien a la persona que tiene la mayor utilidad. Otro que se utiliza frecuentemente para racionar los bienes suministrados por el Estado, consiste en proporcionar la **misma cantidad a todo el mundo**. Así, normalmente se proporciona un nivel uniforme de educación a todas las personas, aún cuando a unas les guste tener más y a otras menos. Aquellas que quieren comprar más pueden adquirir servicios educativos complementarios en el mercado privado, como los colegios y universidades privadas. Éste es **el principal inconveniente de la provisión pública de los bienes privados: no permite adaptarse a las diferentes necesidades y deseos de los ciudadanos como ocurre con el mercado privado**. En algunos tipos de seguros, por ejemplo en el caso de las jubilaciones (cómo en el caso de los autónomos), el Estado proporciona un nivel uniforme básico. En este caso los que deseen comprar más pueden hacerlo, pero no así los que deseen comprar menos. Sin embargo, la distorsión puede no ser muy grande, si el nivel uniforme proporcionado es lo suficientemente bajo habrá relativamente pocas personas que se vean inducidas a consumir más, por lo que el ahorro de costos administrativos puede compensar con creces la pequeña distorsión que crea la provisión uniforme del nivel de seguros. Por otra parte, el sistema de provisión pública y privada puede aumentar significativamente los costos de transacción administrativos totales, en comparación con aquellos en que se incurriría si solo asumiera la responsabilidad el sector público o el sector privado.

### **La cola como mecanismo de racionamiento.**

El segundo método de racionamiento que suele utilizar el Estado es la **cola**. **En lugar de cobrar a los ciudadanos por el acceso a los bienes** o servicios que suministra, les **obliga a pagar el costo en forma de tiempo de espera**. Este mecanismo permite adaptar en cierta medida el nivel provisión a las necesidades de los

consumidores. Los que demandan más servicios médicos están dispuestos a esperar su turno en la consulta. Se afirma que el dinero no es un método deseable para racionar los servicios médicos, porque van a tener los ricos más derechos que los pobres a gozar de buena salud. Se dice que las colas pueden constituir un mecanismo eficaz para discriminar los que necesitan verdaderamente asistencia médica, los que están dispuestos a hacer cola y los que necesitan menos. Pero las colas **distan de ser un instrumento perfecto para averiguar quien merece atención médica**, ya que **los que están sin empleo o jubilados, pero no están necesitados de asistencia médica quizás estén más dispuestos a hacer cola que un trabajador mal remunerado y que tiene muchos empleos**. De hecho estamos sustituyendo el criterio de la **disposición a pagar** para asignar los servicios médicos por la **disposición a esperar** en la consulta.

La utilización de la cola como mecanismo de racionamiento tiene además un costo social real que es el **tiempo perdido haciendo cola** y que podría evitarse si se utilizaran los precios como mecanismo de racionamiento.

### **El equilibrio entre la provisión pública y privada de bienes.**

Muchos de los bienes que son suministrados por el Estado también podrían ser suministrados por empresas privadas. A menudo son suministrados por ambos y el equilibrio entre la provisión pública y la privada es diferente y varía con el tiempo. La variación del equilibrio entre la provisión pública y la privada está en parte relacionada por el cambio tecnológico. Por ejemplo, las computadoras han reducido los costos administrativos de los sistemas de recaudación. Es decir, hay mecanismos de control mucho más eficaces.

El cambio de este equilibrio también está relacionado con las variaciones del nivel de vida. Por ejemplo, los parques públicos son utilizados cuando el nivel de vida es más reducido, de lo contrario, es reemplazado por parques privados. **El equilibrio entre el consumo privado y el consumo público oscila**. Cuando los consumidores se decepcionan o no quedan completamente satisfechos por lo que obtienen en su vida privada recurren al servicio público y a la provisión pública de bienes y servicios, pero sus previsiones sobre el grado de satisfacción que pueden obtener en la esfera pública no se cumplen totalmente por lo que al sentirse decepcionados de nuevo vuelven a recurrir al mercado privado. Ésta es la posición de Hirschman. Quién considera que los cambios producidos entre las décadas de los '50, '60 y '70, plantean la pregunta sobre si **nuestras sociedades** están de alguna manera **predispuestas hacia oscilaciones** entre **períodos de intensa preocupación con las cuestiones públicas** e igualmente otros **períodos de una concentración total en el desarrollo individual** y en objetivos de

bienestar privados. <sup>6</sup> Esta hipótesis demuestra que la actitud de las sociedades sobre los conceptos de bienestar general, gasto público y eficiencia varían y **solicitan de los gobiernos políticas públicas en muchos casos contradictorias**. Hirschman considera que existe un ciclo público – privado, basado en las variaciones de las preferencias de las sociedades entre el interés privado y la acción pública, y que esta situación debe llevar a estructuras flexibles en la regulación económica.

---

<sup>6</sup> Ver la obra de Albert O Hirschman, *Shifting Involvements*. Princeton University Press. 2002.

# El análisis de costo beneficio.

---

El concepto de costo beneficio tuvo un origen asociado a la determinación de la utilidad de las obras públicas. Pero ha tenido una evolución reciente como criterio de evaluación de la legislación y de los reglamentos. Es también un aliado del control judicial sobre esas normas. Iniciemos su estudio por su origen como análisis cuantitativo.

En muchos casos el gobierno necesita realizar no solo un análisis cualitativo sino también un análisis cuantitativo. Es decir, necesita saber **si los beneficios de un determinado proyecto son superiores a los costos**. Tradicionalmente el concepto fue utilizado para determinar la utilidad de obras públicas y evitar que se realizaran por motivos puramente político. En la actualidad el análisis de costo beneficio es útil como forma de toma de decisiones públicas y como manera de control.

En el caso de una empresa privada sus directivos tienen que tomar constantemente decisiones sobre la conveniencia de emprender determinadas inversiones. El procedimiento que se sigue puede señalarse en cuatro etapas:

- 1) Identificar el conjunto de proyectos posibles que deben examinarse. Esta primera fase consiste en enumerar las principales opciones existentes.
- 2) Identificar todas las consecuencias de estas posibilidades. A la empresa le preocupa principalmente los factores que tiene que pagar y los productos que puede vender. Averiguará la cantidad de mano de obra, los insumos y demás materias primas necesarias en cada opción, valorará la calidad del producto que se producirá en cada opción y determinará la cantidad de desechos que se generen.
- 3) Asignar un valor a cada uno de los factores y de los productos. La empresa tendrá que estimar los costos de diferentes tipos de trabajos a lo largo de la vida de una fábrica. Tendrá que estimar los costos de otros factores. Tendrá que estimar los precios a los que puede vender el producto que dependerá de su calidad, que puede ser distinta en cada proyecto, y también tendrá que estimar los costos de limitación de los desechos.
- 4) Sumar los costos y los beneficios para hallar la rentabilidad total del proyecto. La empresa realizará el que le genere el mayor beneficio, es decir, la diferencia máxima entre los beneficios y los costos, naturalmente siempre que los beneficios sean positivos, teniendo debidamente en cuenta los costos de oportunidad, es decir el rendimiento que podrían generar los fondos en otra parte. Si los beneficios de todos los proyectos

considerados son negativos no realizará ningún proyecto e invertirá los fondos en algún otro lugar.

El procedimiento descrito anteriormente es sencillo y solo una parte requiere un cuidado. Cualquier empresa genera costos y beneficios durante un largo período de tiempo. No cabe duda que a la empresa no le da lo mismo recibir una cantidad de dinero hoy que recibirla dentro de 20 años. Es decir deben valorarse y compararse los beneficios y los costos correspondientes a fechas distintas. Para evaluar proyectos con ingresos y gastos futuros estos se multiplican por un factor de descuento por un número menor que uno que hace que los ingresos y los pagos futuros sean equivalentes a los actuales. El factor de descuento es menor cuanto más tiempo se tarde en obtener el beneficio.

El gobierno sigue básicamente los mismos procedimientos para evaluar sus proyectos. Existen dos diferencias fundamentales entre el análisis de costo y beneficio privado y el de los costos y beneficios sociales.

- 1) Las únicas consecuencias de un proyecto que le interesa a una empresa privada son los que afectan su rentabilidad. Al gobierno le interesa una gama mucho más amplia de consecuencias.
- 2) La empresa utiliza los precios de mercado para evaluar lo que tiene que pagar por sus factores y lo que persigue por su producto. En cambio el gobierno podría no utilizar los precios de mercado para evaluar los proyectos en el caso
  - a) En que no existan precios de mercado porque los productos y los factores no se venden en él. Es el caso del aire puro, de las vidas salvadas, de la preservación de la fauna y de la flora.
  - b) En otras ocasiones los precios de mercado no representan los verdaderos costos o beneficios sociales marginales. Si no existen fallas de mercado los precios de mercado si reflejan los costos y beneficios sociales marginales, y por lo tanto el gobierno también debe utilizar esos precios para evaluar sus proyectos. Sin embargo la intervención del Estado es necesaria cuando existen fallas de mercado y los precios que utiliza el gobierno para evaluar sus proyectos deben reflejar esas fallas. Si por ejemplo, hay una preocupación por la desocupación, es posible que piense que el salario del individuo no es la verdadera medida del costo social marginal de emplear a ese individuo. Si cree que los mercados de capitales no están funcionando bien, quizás no quiere utilizar el tipo interés de mercado para descontar los beneficios y los costos futuros.

Uno de los problemas esenciales del análisis de costos y beneficios sociales es el hecho de que muchos de los costos y beneficios expresan bienes que no se venden en el mercado. Aunque algunas de los bienes y servicios que produce el Estado tienen precios de mercado claramente establecidos, no existen mercados de vidas salvadas, aire puro o río no contaminado. ¿Cómo debe valorar el Estado las vidas que se salvan gracias a la mejora del control de medicamentos, o gracias a la implantación de normas más críticas sobre la utilización de materiales inflamables en la fabricación de productos de uso doméstico, o a la obligatoriedad del uso de cinturón de seguridad? Aunque no se trate de una pregunta fácil, se han desarrollado técnicas que permiten dar una respuesta. Esta técnica permite inferir el valor buscado de las propias evaluaciones de los individuos que se obtienen a partir de datos del mercado y de la observación de su conducta en otras circunstancias.

### **La valoración del tiempo.**

El tiempo es un bien económico y la valoración del ahorro del tiempo es de importancia para el análisis económico. El método habitual consiste en intentar averiguar el salario de las personas que utilizan por ejemplo un sistema de transporte en determinadas condiciones ideales, el salario constituye una medida de la valoración que da el individuo a su propio tiempo. En los modelos económicos sencillos se considera que el individuo elige entre la cantidad de ocio y la cantidad de trabajo. Cuando renuncia a una hora adicional de ocio sus bienes de consumo aumentan en una cantidad igual al salario que percibe por una hora de trabajo. En condiciones de equilibrio le da igual renunciar a una hora de ocio y aumentar su consumo por el valor de su salario que reducir su trabajo en una hora y reducir su consumo en una cantidad igual al salario de una hora. Por lo tanto el salario proporciona una valoración monetaria de su tiempo. Si un medio de transporte reduce el tiempo de viaje en una hora y el salario es de diez pesos la hora el valor de tiempo ahorrado es de \$10. Calculamos el valor del tiempo ahorrado por cada persona, lo sumamos y obtenemos el valor del tiempo ahorrado.

Se puede sostener que de esta forma se sobreestima el valor del tiempo, a muchas personas les gustaría trabajar más horas a su salario pero no lo encuentran, y su empleo se restringe al número de horas que puede trabajar. El valor que este individuo concede a su ocio es más bajo la compensación que sería necesaria para que este individuo redujera su ocio en una hora sería menor que el salario que percibe. Por el contrario el salario subestima el valor que conceden algunos individuos al ocio y sobreestima al que le conceden otros. Puede haber personas que hayan elegido un trabajo relativamente poco remunerado en comparación con otras opciones que tenían, debido a que tienen ventajas no pecuniarias. El valor de su ocio es superior al salario que perciben.

### **Eficiencia desde el punto de vista del costo.**

Otro procedimiento que se utiliza frecuentemente cuando es difícil evaluar los beneficios de un proyecto es el llamado análisis de eficiencia desde el punto de vista del costo. Se fija un objetivo y se pregunta cuál es la forma más eficaz de alcanzarlo. Supongamos que queremos evitar los problemas que plantea la valoración de la vida y ayudar al gobierno a evaluar diversos mecanismos para reducir las muertes por accidentes de tránsito. Podemos calcular los costos de cada uno de los diferentes métodos para alcanzar un mismo objetivo o mostrar simplemente los costos marginales de evitar un accidente mortal original. Se deja de esta manera a los legisladores la tarea de decidir el método que debe elegirse para mejorar la seguridad en el tránsito.

### **Precio sombra y precio de mercado.**

Siempre que existe una falla de mercado los precios del mercado pueden no reflejar los verdaderos costos o beneficios marginales. En estos casos para calcular los verdaderos costos y beneficios sociales marginales de contratar un trabajador adicional o de importar o exportar más bienes se llaman **precios sociales o precios sombra**. El término precios sombra se utiliza para indicar que los precios no existen realmente en el mercado pero que son los verdaderos precios sociales reflejados imperfectamente en el precio del mercado. La parte más difícil del cálculo de los precios sombra es averiguar todas las consecuencias de las acciones que emprende el gobierno para contrarrestar una falla de mercado. Son frecuentes las discrepancias sobre el carácter de la falla y por lo tanto sobre las consecuencias de las acciones tomadas.

### ***La tasa de interés que debe utilizarse en el análisis de costos y beneficios.***

En primer lugar es necesario tener en cuenta como afectará el proyecto la economía y quienes sacarán beneficios o sobre quien caerán los costos. Este es un tema generalmente controvertido. Por ejemplo un proyecto público podría desplazar un proyecto privado que se hubiera realizado de no haberse planteado el proyecto público. En este caso la reducción neta de consumo registrada en el período en que se realiza el proyecto será muy diferente de los costos directos, será en general mucho menor, y también lo será el aumento neto de consumo registrado en los siguientes períodos. Si las personas que se benefician del proyecto son las mismas que pagan los costos podemos utilizar simplemente su relación marginal de sustitución, es decir, en que medida están dispuestas a sacrificar una reducción del consumo actual por un aumento en el consumo futuro esas personas. Dado que su relación marginal de sustitución está relacionada directamente con

la tasa de interés a la que pueden prestar y pedir préstamos en este caso podemos utilizar la tasa de interés del mercado para evaluar los costos y los beneficios correspondientes a los diferentes períodos. Es importante recordar que lo que estamos descontando es la variación neta que experimenta el consumo en cada período la cual puede ser muy diferente de los costos o los rendimientos directos del proyecto en cada período ya que este afectará a la inversión y al ahorro privado. Si el proyecto público desplaza a un proyecto privado de la misma magnitud el costo neto del proyecto es cero. Si tanto el proyecto público como el privado generan todos sus rendimientos en el mismo período es fácil decidir si debe realizarse o no el proyecto. Debe realizarse si su producción es superior al privado, o, en otras palabras, si su tasa de rendimiento es superior a la del proyecto privado. Según esta teoría se denomina teoría del costo de oportunidad es la tasa del rendimiento del productor la que debe utilizarse para evaluar el proyecto.

Sin embargo, en la mayoría de los casos aún cuando el proyecto público desplace a uno privado los rendimientos se obtienen en fechas diferentes y las personas que los obtienen en el caso del proyecto público son diferentes de las que los obtienen en el caso del proyecto privado. En términos generales en el caso de la mayoría de los proyectos de larga duración quienes se benefician no suelen ser quien paga sus costos. Las generaciones posteriores reciben los beneficios y la actual paga los costos. Es precisamente en el caso de estos proyectos de larga duración en los que es tan importante la elección de una tasa de interés. En este caso tenemos que contar con algún método para evaluar las ganancias y las pérdidas que tienen para diferentes generaciones en distintas fechas. Se puede utilizar una función social de bienestar, se puede hablar de la perspectiva de la sociedad de la relación marginal de sustitución de la renta en una generación por la otra, lo mismo que podemos hablar desde el punto de vista del individuo de la relación marginal de sustitución de consumo de un período por otro.

### **La evaluación del riesgo.**

Un error que se comete habitualmente cuando se trata de hacer frente a la incertidumbre que rodea a los beneficios y a los costos de un proyecto es sostener que cuando hay riesgo el gobierno debe utilizar la tasa de interés más elevada. La tasa de interés relaciona el valor que tiene un peso en una fecha con la que tiene en otra posterior. Imaginemos o consideremos un proyecto que a su término requiere un gasto. Supongamos que la magnitud de este costo es incierta, normalmente pensaríamos que esa incertidumbre hace que el proyecto resulte menos atractivo que si conociéramos con seguridad cuales serían los costos una vez concluido. Pero veamos que ocurre si precisamos una tasa de interés más alta para contra gastar el riesgo. Disminuye el valor actual de estos costos y el proyecto no parece

menos atractivo sino más. Si utiliza una tasa de interés más elevada se confunde la evaluación de venta en diferentes fechas con la evaluación del riesgo, se trata de cuestiones diferentes.

Para evaluar los riesgos se introduce el concepto de equivalente cierto. Supongamos que hay un proyecto que comporta un riesgo cierto. Su producción puede valer nada el próximo año o cien, hay un cincuenta por ciento de probabilidades de que ocurra cualquiera de los dos resultados. El valor medio es de cincuenta pesos. Sin embargo si nos desagradara el riesgo es evidente que preferiremos un proyecto que tenga un rendimiento seguro de cincuenta pesos. De hecho preferiremos un proyecto que tenga un valor medio menor siempre que el riesgo sea menor. Si nos diera igual elegir el proyecto arriesgado que tiene un valor medio de cincuenta pesos que uno totalmente seguro que tuviera un valor de cuarenta y cinco, diríamos que cuarenta y cinco pesos es el equivalente cierto del proyecto arriesgado cuya media es de cincuenta. También podríamos decir que hay un factor de descuento del riesgo del diez por ciento. Así pues para evaluar los proyectos que tiene un riesgo tomamos simplemente el valor actual descontado de los equivalentes ciertos.

Por lo tanto para que los proyectos arriesgados sean aceptables tienen que generar un rendimiento más alto que los proyectos seguros que tienen el mismo rendimiento medio. La cantidad adicional que genera un proyecto arriesgado para compensar el riesgo se denomina prima de riesgo. Ahora bien, como debe evaluar el gobierno los riesgos de distintos proyectos, en algunos casos como los riesgos que lleva la generación de electricidad puede observar como los valoran los mercados privados. Cuando se trate de riesgos para los que no existe ningún proyecto privado comparable las cosas son más difíciles. Para algunos como los proyectos de control de crecidas de ríos sirven para reducir los riesgos a los que se enfrentan los individuos y en este caso la prima de riesgo es negativa. Dado que el Estado puede distribuir los riesgos a toda la población cuando un proyecto no cumple la función de los seguros, es decir reducir los riesgos a que se enfrentan los individuos y cuando no está correlacionado con la renta procedente de otras fuentes, es decir, el proyecto no es ni especialmente caro ni especialmente bajo cuando la economía en general está en un estado de crecimiento el Estado no debería emplear ninguna prima de riesgo.

### ***Consideraciones distributivas.***

Los beneficios de cualquier proyecto público **no se distribuyen de manera uniforme entre la población**. Algunos generan beneficios limitados geográficamente, otros son destinados a los más pobres. Al gobierno le preocuparán las repercusiones de sus programas en la distribución de la renta. Se utilizan dos procedimientos uno consiste en asignar pesos diferentes a los beneficios que reciben los distintos

individuos y otro en comparar indicadores de desigualdad con y sin el programa.

El procedimiento para introducir pesos distributivos sociales en el análisis de los costos y beneficios sociales consiste en dividir a la población en grupos de renta en digamos cuatro cuartos. Hay un cuarto inferior que es el de menos ingresos, un segundo cuarto el que le sigue, y así sucesivamente. A continuación valoramos la magnitud de los beneficios netos, es decir los beneficios menos los costos que obtiene cada uno de los grupos y fijamos los pesos sociales que deben asignarse a cada uno. De esta manera le asignamos un peso de uno al primer cuarto, a los grupos de rentas superiores pesos menores sucesivamente. A continuación se multiplican los beneficios por los pesos y se obtienen los beneficios ponderados. Sumando los beneficios ponderados de todos los grupos tenemos el beneficio neto del proyecto. De esta manera un proyecto puede tener un beneficio no ponderado neto negativo y un beneficio ponderado neto positivo. Por lo tanto el atractivo de un proyecto puede depender de como se asignen los diferentes grupos.

Podemos imaginar también, que el cálculo real de costo y beneficio debe prescindir de toda consideración distributiva, aunque esto no impida que se pueda estudiar por separado como afectaría el proyecto a los diferentes grupos sociales. Debe tenerse en cuenta a los efectos distributivos de los proyectos públicos, la limitación de la capacidad del Estado para impedir que la distribución de la renta mediante mecanismos que no introduzca distorsiones. Existen muchos proyectos cuyo objetivo es deliberadamente redistribuir el bienestar. Uno de los índices que suele utilizarse en el análisis de los programas públicos es el porcentaje de la población que se encuentra por debajo del umbral de pobreza. Este se define como el nivel de renta mínimo de subsistencia. No es un concepto preciso ya que los individuos que se encuentran en el umbral de la pobreza en algunos países tienen ingresos muy superiores al nivel medio de otros países más pobres.

El índice de pobreza tiene algunas propiedades curiosas. No presta atención al grado en el que los individuos están situados por debajo o por encima del umbral de pobreza. Solo tiene en cuenta la proporción de la población que se encuentra por debajo de un determinado nivel. A algunos economistas les preocupa que la política de los gobiernos esté destinada con demasiada frecuencia a lucir un determinado índice de pobreza y no la pobreza misma, porque orienta el esfuerzo de las autoridades a colocar por encima del umbral de pobreza a los que se encuentran justo por debajo. Ésta por supuesto es la manera más eficaz desde el punto de vista de los costos de reducir el índice de pobreza, pero es posible que apenas alivie las verdaderas necesidades de las personas con menos renta. Es decir, las personas que requieren ingresos para acercarse al umbral o la línea de pobreza.

### ***La utilidad del análisis de costo beneficio.***

El análisis del costo beneficio proporciona un conjunto sistemático de procedimientos mediante los cuales el Estado puede valorar si debe **emprender o no un determinado proyecto** o programa y para elegir cuando hay varios. El análisis de costo y beneficio privado consiste primero en

- (i) identificar el conjunto de proyectos posibles que deben examinarse.
- (ii) averiguar las **consecuencias de esas posibilidades**, es decir sus factores que tiene que pagar y los productos que se obtendrán, y
- (iii) Asignar un valor a cada uno de los factores y de los productos
- (iv) Sumar los costos y beneficios para obtener la rentabilidad total del proyecto.

Debe prestarse atención a la comparación de los costos y beneficios a través del paso del tiempo, ya que no es lo mismo poder cobrar un peso hoy que dentro de veinticinco años. Para evaluar proyectos futuros éstos se multiplican por un **factor de descuento, por un número menor que uno que hace que los ingresos y los pagos futuros puedan ser considerados equivalentes a los actuales.**

El **criterio de eficiencia costo beneficio** difiere del criterio de Pareto, en el sentido en que supone que los beneficios de los que ganan exceden los perjuicios de los que pierden. El análisis de costo beneficio tiene en cuenta los valores particulares de los participantes, por ello la regla media no funciona ya que puede haber quienes tengan una oposición muy grande a una medida y la extensión de la oposición debe ser considerada.<sup>7</sup>

El **análisis de los costos y beneficios sociales** utiliza los mismos procedimientos que los costos beneficios privados con la diferencia que tiene en cuenta una gama más amplia de consecuencias y que **los precios en los que se evalúan los factores y los productos pueden no ser los precios de mercado** porque estos no se venden, por lo que no existen precios de mercado para ellos o bien porque debido a una falla de mercado no reflejan exactamente los costos y los beneficios sociales marginales. Cuando el Estado suministra un bien o un servicio que no existía antes, o un bien público, el valor que tiene un proyecto para un individuo se mide mediante el excedente del consumidor que genera. Este es el área situada debajo de la curva de demanda compensada.

El gobierno tiene que hacer deducciones basadas en los datos de mercado o en la observación de la conducta de las personas, sobre la valoración de las consecuencias de un proyecto que no se vende, como

---

<sup>7</sup> Cf. Cooter, R. The Strategic Constitution. P. 32.

es el caso de las vidas que se salvan y el tiempo que se ahorra. La tasa de interés que utiliza el Estado para evaluar los proyectos puede ser diferente de las que utilizan las empresas privadas. Para evaluar los proyectos que comportan un riesgo es necesario calcular el equivalente cierto de los beneficios y los costos. En las evaluaciones puede introducirse consideraciones distributivas, bien ponderando los beneficios que obtienen los diferentes grupos de una manera distinta, bien valorando sus consecuencias mediante alguna medida de desigualdad.

### ***El análisis de costo beneficio y la teoría del conocimiento.***

Sunstein considera que el costo beneficio no debe ser analizado exclusivamente desde una perspectiva económica sino también desde una visión de la teoría del conocimiento.<sup>8</sup> Si es estudiado en términos económicos como una forma de evitar la ineficiencia excluye consideraciones importantes para su utilización. En cambio es justificado en forma más plausible en términos cognoscitivos, como una manera de evitar problemas predecibles en el momento de la decisión individual o social. Razonamientos pobres, por individuos o sociedades pueden resultar de una visión que considere los beneficios de una obra o regulación pero que no tenga en cuenta los costos. Esto es por ignorar los efectos sistémicos de intervenciones aisladas, por ver los casos aisladamente o por reacciones emocionalmente intensas. El análisis de costo beneficio sirve como un correctivo a estos problemas de conocimiento.

Sunstein sugiere ocho proposiciones como base teórica de la utilización del análisis de costo beneficio.<sup>9</sup>

#### *1. Identificar y cuantificar.*

Los órganos públicos deben identificar las ventajas y desventajas de los cursos de acción propuestos y también intentar de cuantificar los efectos relevantes en la medida de su posibilidad. Cuando la cuantificación no sea posible los funcionarios deben discutir los efectos relevantes en términos cualitativos y también indicar un conjunto de alternativas posibles. La declaración debe incluir una descripción detallada de los posibles beneficios.

#### *2. Proveer descripciones cuantitativas y cualitativas.*

La descripción cuantitativa, en general los análisis monetarios, debe completar antes que reemplazar la descripción cualitativa de los efectos relevantes. Tanto la descripción cualitativa y cuantitativa

---

<sup>8</sup> Cass Sunstein, "Cognition and cost benefit analysis" en Matthew Adler and Eric Posner. Cost Benefit Analysis. University of Chicago Press, 2001 p. 223.

<sup>9</sup> Sunstein, Cognition and Cost Benefit Analysis, op.cit. p. 257.

deben incluirse en el análisis. Es importante conocer las características de los efectos, por ejemplo como se ha evitado la pérdida de días de trabajo, muertes por enfermedad, o contaminación de ciertos espacios. La descripción cualitativa debe dar una visión concreta de quién es beneficiado y quién perjudicado por la medida, es decir si los beneficiarios son niños, si la reglamentación lleva a la pérdida de puestos de trabajo, precios más elevados, mayor pobreza, entre otras cosas. Cuando la única información posible es especulativa, esto debe ser indicado, conjuntamente con otras especulaciones razonables.

### *3. Convertir los valores no monetarios.*

Los funcionarios, y también las partes en un juicio, deben intentar convertir los valores no monetarios, como son las vidas salvadas, la salud beneficiada y los valores estéticos en equivalentes dinerarios. Esto no quiere decir que una vida y una cantidad de dinero sean la misma cosa, sino para promover la coherencia y la uniformidad y para asegurar claramente las prioridades. No existe nada mágico o rígido en los equivalentes monetarios, la conversión es simplemente una herramienta pragmática para guiar el análisis y permitir comparaciones informadas.

### *4. Establecer pisos y techos posibles.*

Los órganos públicos en los que se confía la valoración de la vida y la salud deben ser controlados, por ley o reglamento, a través de techos y pisos posibles o presumibles. Esto supone valorar temas tan complejos como la vida humana, pero es conveniente que se utilicen montos específicos dentro de la gama que existe dentro de las decisiones alternativas, como contratos de seguros o sentencias judiciales. Si una valoración administrativa varía de estas apreciaciones debe justificarlo. En muchas ocasiones los organismos públicos no valoran estas circunstancias.

### *5. Ajustar techos y pisos.*

Se debe permitir a los órganos gubernamentales ajustar los techos y los pisos sobre la base de un análisis públicamente articulado y razonable, que indique la conveniencia de ese ajuste. Este tipo de ajuste es necesario si, por ejemplo, sectores más pobres están en riesgo. En esos casos no debería bajarse el piso de una indemnización. En otras palabras, el hecho que las personas pobres gastan menos en proteger sus propias vidas, no debe ser la causa que el gobierno gaste menos en preservarlas. El principal riesgo aquí es que grupos bien organizados sean capaces de utilizar argumentos equitativos para lograr sus ajustes preferidos.

### *6. El ajuste de acuerdo con factores cualitativos.*

Los órganos gubernamentales podrán hacer ajustes sobre la base de factores cualitativos variados, de esta manera podrán aceptar un aumento por sufrimiento o si aumentan desproporcionadamente los perjuicios en el caso de niños. En la medida de lo posible la administración deber ser precisa en cuanto a la naturaleza y fundamentos de los ajustes relevantes, especialmente a la luz del riesgo que los grupos de interés presionen para obtener ajustes cualitativos en una dirección ilegítima.

#### *7. La respuesta al temor social.*

La respuesta apropiada al temor social cuando esta no está basado en evidencia es la educación y el restablecimiento de la confianza y no un aumento de la regulación. A veces la preocupación pública sobre ciertos riesgos es intensa y generalizada a pesar que la inquietud no está fundada en los hechos. La mejor respuesta es educacional, el gobierno no debe gastar recursos escasos simplemente porque un público mal informado considera que debe hacerlo. El temor es en sí mismo un costo por lo que la educación es un elemento básico para la correcta apreciación del riesgo. De lo contrario puede empeorarse la situación, como sería el caso si un público ignorante de los riesgos menores de la aviación, pero asustado por un desastre aéreo, hiciera los viajes en automóvil o en ómnibus con lo que el riesgo de accidente aumentaría notablemente.

#### *8. La función de los tribunales.*

El control judicial de la regulación del riesgo debe incluir una demostración amplia que la reglamentación ha causado más beneficios que perjuicios y también una visión razonable sobre la valuación de los beneficios y de los costos. Para cumplir con este objetivo los tribunales requerirán de los reguladores que generen y apliquen correctamente techos y pisos de valuación. **El objetivo final es establecer un control judicial de costo beneficio con un contenido y extensión similar al de razonabilidad.**

El análisis de costo beneficio es un límite al poder de los grupos de interés y una respuesta a los problemas de información limitada y a los problemas predecibles de la demanda pública de regulación. Debe utilizarse en forma pragmática.

La regulación legal y administrativa limita los derechos individuales frente a las múltiples justificaciones de estas restricciones se puede agregar la pregunta si los beneficios de la regulación justifican los costos de la regulación. Las posibles respuestas a este interrogante constituyen la creación del Estado de costo beneficio. Debe tenerse en cuenta que la legislación regulatoria

tiene diversos fines legítimos que no están limitados a la eficiencia económica exclusivamente por lo que no puede inundarse al Estado regulador en un mundo de requerimientos procesales excesivos. La utilización del análisis de costo y beneficio debe ser comprendida como un esfuerzo para superar el sistema actual de regulación económica fuertemente influido por grupos de interés o basado en circunstancias anecdóticas para ser reemplazado por un concepto que examine las consecuencias reales de las limitaciones a los derechos individuales que ocurren por la regulación económica. Si bien la aplicación de este criterio corresponde en principio al Congreso y a la administración, **la función judicial es la de invalidar las limitaciones a los derechos constitucionales que impongan altos costos sin beneficios significativos.** La tarea judicial es la de **controlar la proporcionalidad entre los costos y beneficios de la reglamentación** de los derechos individuales.-<sup>10</sup>

La primera justificación del análisis de costo beneficio es económica, como una forma de promover la eficiencia económica y de esta manera eliminar gastos públicos y privados innecesarios o excesivos. Pero el requerimiento de un análisis de costo beneficio tiene también una fuerte justificación democrática, ya que permite disminuir las presiones de grupos de interés sobre la reglamentación legislativa y administrativa. Al mismo tiempo es un método que asegura que las consecuencias de la reglamentación no están ocultas en el misterio sino que por el contrario están abiertas al conocimiento público y al control judicial.

Debe reconocerse que el análisis de costo beneficio supone la existencia de mayores demandas de información sobre la administración que deberá responder sobre las consecuencias que pueden tener la legislación y los actos administrativos. Un segundo elemento es que algunas de las estrategias más eficaces reglamentación suponen pasar del sistema tradicional de decisión y control al sistema de búsqueda de incentivos económicos. Es decir conocer cuanto valen los bienes sociales y cuanto está dispuesta la sociedad a pagar para su mantenimiento.

La utilización del análisis de costo y beneficio es una de las consecuencias, como fue el caso de la doctrina de la razonabilidad en general, de los excesos del Estado regulador que comenzó en la década de 1930. Se puede formar un arco de doctrina constitucional permisiva basada en conceptos muy genéricos de “emergencia económica” que puede iniciarse en *leading case* Avico c/ de la Pesa y que se extiende hasta su forma más excesiva en el caso Arcenio

---

<sup>10</sup> SUNSTEIN, C- *The Cost benefit State*. Chicago Working papers in Law and Economics. (Second Series). Ver también POSNER, E. *Controlling agencies with cost benefit analysis: A positive political theory perspective*. Chicago Working papers in Law and Economics Chicago 2001.

Peralta. Estos precedentes han establecido una reforma de la estructura constitucional originaria. Si bien esta situación tuvo su origen en la jurisprudencia asociada con el *New Deal*, la principal diferencia es que aquella tuvo una limitación temporal, en cambio en nuestro país, aparece el oximorón de la emergencia permanente.<sup>11</sup> El costo beneficio es una reacción frente al concepto de emergencia económica que limitó los principios republicanos de división de poderes y de frenos y contrapesos. Este conflicto ha tenido consecuencias recientes como las amplias delegaciones legislativas al Ejecutivo y el abuso de los reglamentos de necesidad y urgencia. Esto se ha sumado a un concepto muy difuso de la discrecionalidad administrativa particularmente notoria en temas como regulación financiera y bancaria por el Banco Central, reglamentación de la seguridad social, aduanera y de comercio exterior. Dio a la administración poderes de adjudicación, ejecución y legislación, es una unión de los tres poderes sin ningún límite de análisis de costo beneficio. Lo paradójico de la situación argentina frente a su similar de los Estados Unidos es que esta concentración del poder regulador en el Ejecutivo no se limitó a los momentos de crisis económica, sino también a los momentos de apertura y de crecimiento. Paradójicamente, la explosión de reglamentos de necesidad y urgencia ocurrió en momentos en que el gobierno contaba con amplias mayorías parlamentarias.

La reacción a esta ausencia de control de la administración y al abuso del concepto de crisis económica fue consecuencia de la toma de conciencia que el gobierno nacional había excedido los límites de su autoridad, particularmente en la limitación descontrolada de los derechos individuales. Una de las herramientas para limitar este exceso es el análisis de costo beneficio que permite conocer las consecuencias de las decisiones administrativas y los altos costos que impone sobre la sociedad, costos que no son generalmente analizados en la utilización tradicional de la discrecionalidad administrativa.

### **El establecimiento de prioridades.**

El primer paso del análisis de costo beneficio es el **establecimiento de prioridades**. Esto supone que se deben conocer pautas que determinen los estándares para decidir si cuando los riesgos son suficientemente importantes como requerir alguna reglamentación. Generalmente la determinación de que riesgos que la reglamentación debe evitar y por que medios es errática y establecida por un procedimiento decisorio dogmático.

---

<sup>11</sup> Sobre el New Deal como un tercer régimen constitucional en los Estados Unidos puede verse la obra de Bruce Ackerman, *We the People* t. I Foundations, t II Transformations.

Los gobiernos deben **privilegiar incentivos flexibles** basados en el mercado, antes que disposiciones rígidas. La diferencia entre las regulaciones a través de decisiones discrecionales de los sistemas más flexibles con análisis de costo beneficio, es que los últimos privilegian los fines a obtener sobre los medios para obtenerlos. La concentración en los medios utilizados, generalmente a través de una descripción detallada del procedimiento administrativo a seguir, lleva generalmente a resultados contrarios a los esperados. Los sistemas basados en la asignación de incentivos del mercado no ordenan resultados particulares, sino que imponen costos sobre los que contribuyen a un daño social. Generalmente la limitación de los derechos individuales está ubicada por la reglamentación en una administración compleja y partidaria, la que concentra el control en los procedimientos y no en los fines buscados por la reglamentación.

El gobierno debe estar preparado para actuar cuando aparezcan consecuencias a la limitación de los derechos individuales que sean dañosas o inesperadas. Cuando el gobierno no reacciona frente a los efectos nocivos de la reglamentación, aparece la función central del control judicial sobre la razonabilidad económica. Muchas iniciativas que regulan los derechos individuales tienen consecuencias dañinas que no fueron esperadas. Con la excepción del control judicial, no existe una forma sistemática que asegure que esas consecuencias puedan ser consideradas y resueltas. Sunstein considera que una regulación equivocada puede finalmente tener un costo en vidas humanas, ya que gastos burocráticos indebidos y las restricciones distorsivas pueden causar desempleo y por lo tanto pobreza, y pueden llevar a costos hasta en vidas.<sup>12</sup>

En la regulación y limitación de los derechos individuales el legislador y la administración requieren de mayor información y deben por lo tanto crear incentivos para compilar y proveer información adecuada. En la mayoría de los casos los gobiernos carecen de información sobre los daños que la legislación desea evitar o limitar en sus efectos. **Muchas veces debe actuar, o dejar de actuar, en un contexto de falta de información.** En estos casos, cualquier ejercicio de cuantificación puede ser ilusorio, o por lo menos dar la impresión de que se posee más información que la que el gobierno o la población efectivamente tienen. En estas circunstancias, el legislador debe **concentrarse en adquirir la información más precisa que sea posible obtener.** Puede tomarse como ejemplo las circunstancias que dieron lugar al caso Cine Callao, en la que la legislación quiso beneficiar a un sector de artistas de variedades desocupados por la aparición del cine sonoro. La grave restricción a la libertad de contratar se tomó sin conocerse la verdadera dimensión de la situación social que se buscaba remediar, ni en las distorsiones que la legislación adoptada crearía.

---

<sup>12</sup> SUNSTEIN, C. , The cost – benefit State. P. 13.

La legislación limitativa de los derechos individuales, ni la organización administrativa que reglamenta la legislación no crean incentivos para la compilación de información adecuada, por el contrario, crean incentivos para la distorsión de los datos. En muchos casos, como por ejemplo, en materia de la protección del medio ambiente, los sectores industriales tienen un incentivo a informar costos mayores que los que verdaderamente existen, con el objetivo de obtener una regulación medio ambiental favorable a sus intereses.

### **El gobierno por anécdotas.**

El análisis de costo beneficio supone la búsqueda de **equilibrio entre valoraciones tecnocráticas, económicas y democráticas, sobre los riesgos que se deben evitar con la reglamentación de los derechos individuales.** En toda propuesta regulatoria existe **diferencias entre las valoraciones técnicas y las populares sobre el riesgo** existente. En el caso de la opinión popular, ésta puede estar distorsionada por medios de prensa sensacionalista, y también por el riesgo de analizar algunos riesgos en forma anecdótica. En particular, los medios de comunicación tienden a enfatizar los **eventos inusuales o provocativos** antes que efectuar un análisis de los riesgos crónicos. El resultado son distorsiones sustanciales en las decisiones políticas. Una de las características del sistema representativo, es la que permite que el representante del elector pueda tener su propia opinión, y en el caso que los ciudadanos tengan una percepción incorrecta de los hechos, puedan no tener una respuesta similar a la pedida por sus electores. En los casos más graves, el control judicial es la herramienta correcta para reducir reglamentaciones limitativas de los derechos individuales que sean populares pero contrarias a una valoración técnica de los hechos. **Las valoraciones de los ciudadanos que están basadas en creencias o información técnica erróneas, deben ser corregidas a través de la educación o de la información adecuada.** En la mayor parte de las reglamentaciones, es importante que las restricciones estén basadas en fundamentos científicos exactos y no en anécdotas sensacionalistas o tácticas de asustar a la población. No tiene nada de antidemocrática la negativa gubernamental o judicial a aceptar una reglamentación de los derechos individuales que esté basada en la ignorancia de los hechos. Por el contrario, el sistema de democracia representativa tiene como una de sus justificaciones centrales el filtro de las expresiones de voluntad basadas en la ignorancia. Es también uno de los fundamentos de la existencia del control judicial dentro del sistema democrático.

### **Los objetivos de la reglamentación de derechos individuales.**

La restricción legislativa o reglamentaria de los derechos individuales debe **concentrarse en los fines básicos antes que en**

**los medios.** El principal problema de la regulación de los derechos individuales es que se transforma en una zona de lucha de los grupos de interés. Las maniobras de los grupos de interés son un componente omnipresente en todas los intentos de regulación de los derechos individuales. Esta situación lleva a que se descuide el concepto de interés general y muchas veces la única garantía queda para asegurarlo es la existencia del control judicial. Una forma posible de limitar el poder de los grupos de interés y al mismo tiempo, de reducir el costo y extensión de las restricciones a los derechos, es a través de la atención legislativa a los fines antes que de los medios. Cuando el legislador se concentra en decidir sobre los fines deseados por la norma, hace menos probable la influencia de los grupos de presión que tienen un particular interés en medios particulares. Al mismo tiempo, cuando el Congreso se concentra en los fines de la norma a sancionar, es más probable que el proceso democrático se dedique a la consideración de las cuestiones más importantes. De esta manera, **estándares de resultado son preferibles a estándares de diseño.** Por ejemplo, en tema de limitaciones basadas en la preservación del medio ambiente, lo importante es que el nivel de emisiones sea alto o bajo, no que una cierta compañía haya instalado cierta planta de tratamiento específica. En términos generales, puede decirse que **el Congreso debe permitir a la administración decidir sobre los medios apropiados para cumplir los fines decididos por la legislación y, al mismo tiempo, la administración debe dentro de lo posible confiar en las fuerzas de mercado para elegir esos medios.** Si una industria puede cumplir con el estándar requerido para la emisión de un determinado gas, a través de la utilización de carbón limpio o a través de métodos de conservación de la energía, la administración debe darse por satisfecha, sin tratar de imponer un procedimiento específico.

### ***El análisis de costo y beneficio como un correctivo. Eficiencia y democracia.***

Un equilibrio de costo y beneficio es un correctivo natural a la acción de gobierno que limite los derechos individuales. Un esfuerzo de equilibrar las variables relevantes debe promover una mejor selección de prioridades, esto se realiza asegurando que la administración proceda contra problemas que son más graves y que puedan ser resueltos con el menor costo. En la medida que las ineficiencias se produzcan porque se atiende a problemas relativamente menores, en desmedro de los más graves, el equilibrio de costo beneficio permite resolver una cantidad importante de cuestiones. **Generalmente la administración trata de resolver los problemas más sencillos y posterga la consideración de los más graves.** Esta situación es general de toda la administración e incluye temas tan graves como las decisiones de política criminal donde se resuelven los delitos más sencillos, donde la prueba es de fácil obtención y se posterga la investigación de las causas más complejas.

En una estadística general solo se toma el porcentaje de causas resueltas y no la gravedad de cada una de ellas.

Si la administración dedica recursos públicos y privados para resolver pequeños problemas probablemente su acción deba ser anulada por los tribunales. La razonabilidad económica busca este tipo de resultados y evita que los administradores hagan una regulación en respuesta a anécdotas o debida a la presión de grupos de interés bien organizados.

Al mismo tiempo la utilización del análisis de costo beneficio requiere obtener información sobre temas centrales para la regulación de los derechos individuales.

**Preguntas** tales como ¿cuán verdaderamente peligrosa para la salud humana es la emanación de un gas? ¿De qué magnitud es el contrabando en la frontera que requiera un control estricto de los transeúntes? Para obtener herramientas eficientes para asegurar el cumplimiento de los fines de la legislación, el análisis de costo beneficio aparece como particularmente útil. Para este fin es preferible buscar **incentivos económicos antes que el procedimiento habitual de comando y control.**

Hasta aquí he enfatizado las consideraciones económicas del análisis de costo beneficio, pero existe un argumento democrático para hacer de este análisis un elemento central en la función de regulación de los derechos individuales que ejerce el Estado. La constatación inicial es que el Estado burocrático actual con su limitación de los derechos constitucionales es en gran medida contrario al espíritu democrático. **Los resultados de la regulación actual no son producto de la deliberación pública** que requiere la legislación en un sistema democrático, por el contrario, son la consecuencia de una extraña combinación de factores: **la acción de grupos de interés, atención selectiva hacia algunos problemas, “legislación por anécdota”, sensacionalismo de la prensa y finalmente, simple falta de información.** Muchas reglamentaciones son producto de la acción de grupos de interés bien organizados, de esta manera lo que debería ser una restricción a un derecho constitucional con el fin de defender el interés general, lo es solamente en beneficio de un interés particular. El proceso democrático no analiza si sus resultados en ciertos casos están justificados con relación a sus consecuencias.

Esto es de particular aplicación en el caso de **consultas públicas a los usuarios de servicios públicos.** Es cierto que la opinión del usuario puede estar mejor informada si los participantes conocen cuales son los costos y beneficios de las medidas propuestas. Pero es conveniente recordar que **muchas reglamentaciones pueden surgir debido a una anécdota,** o a un grupo de anécdotas, sobre las

cuales muchas veces, los usuarios o la población en general requieren una respuesta plena e inmediata. Las normas producto de anécdotas rara vez producen los beneficios sociales esperados. Desde el punto de vista democrático el análisis de costo beneficio es beneficioso en cuanto tiende a reducir el poder de los grupos de interés sobre el proceso político y al mismo tiempo porque permite traer al conocimiento público las cuestiones relevantes.

El análisis de las consecuencias de la reglamentación no son un mero ejercicio tecnocrático, pequeños cambios en las presunciones pueden producir variaciones enormes en cuanto a los costos y beneficios de la medida. La participación de grupos de interés y el interés propio de los funcionarios puede sin duda afectar los datos relevantes. Una utilización interesada del análisis de costo beneficio puede ser realizada por grupos empresarios poderosos cuyo fin no sea el disciplinar al Estado a través de un mejor análisis político, o redactar mejores reglamentos, sino que el fin es el de reducir el nivel de reglamentación cualquiera fuera su contenido y su justificación.<sup>13</sup>

### **El procesalismo excesivo.**

En la utilización del análisis de costo beneficio se puede detectar dos posiciones encontradas, la primera es la que utiliza este análisis para disciplinar la reglamentación estatal estudiando sus efectos concretos. Cuando los costos de la regulación son bajos y los beneficios altos, la limitación de los derechos individuales es aceptable. La segunda posición es reaccionaria, es un esfuerzo para eliminar la reglamentación, particularmente la reglamentación de derechos económicos, sin importar si están o no justificados. En este ultimo caso el análisis de costo beneficio esta combinado con un procedimiento y con requisitos de recolección de información tan costosos que su cumplimiento es imposible para quienes dictan las normas reglamentarias.

Para evitar que el análisis de costo beneficio se transforme en un obstáculo a toda reglamentación aun a la que aparece como deseable, es conveniente reconocer la capacidad que un control judicial de razonabilidad tiene para asegurar la utilización eficaz de este mecanismo. Al mismo tiempo, si la administración debe defender toda su normativa en procesos judiciales complejos puede ocurrir que pierda más tiempo y recursos pleiteando que en cumplir su objetivo. Por ello, el control judicial debe utilizarse para los excesos en la reglamentación y como elemento para asegurar la vigencia de la razonabilidad económica. **El control judicial debe asegurar el equilibrio entre la obtención de información adicional con los costos de adquirirla, incluyendo los costos de mantener la no reglamentación o una mala reglamentación vigente.** Entre esos

---

<sup>13</sup> SUNSTEIN, C. The Cost Benefit State. P. 22.

costos debe evaluarse la necesidad de buscar reglamentaciones que perduren en el tiempo, para evitar que el cambio habitual debido a la rápida obsolescencia de normas ineficaces cause un aumento en los costos de transacción. Un procedimiento útil es el de establecer estándares de cumplimiento que no hacen necesario un cambio habitual de la normativa. Al concentrarse en los objetivos la norma evita que los medios utilizados caigan en el desuso o creen costos excesivos.

### **Problemas de valuación.**

El análisis de costo beneficio nos trae a cuestiones sobre los fundamentos del Estado administrador moderno y de la reglamentación de los derechos constitucionales. En si misma la noción de costo beneficio es limitada, todo depende de cómo se caracteriza a los costos y beneficios y como estas cuestiones de valoración se resuelven. Existe una tendencia en el análisis de costo beneficio a alinear a todos los valores sociales en una única medida de voluntades privadas agregadas de pagar por ese beneficio. Aun cuando éste no puede ser un criterio único que determine las ventajas de una reglamentación, la identificación de costos y beneficios es necesaria para informar el análisis y también para conocer si los beneficios justifican los costos.

Una parte de la reglamentación de derechos está tradicionalmente considerada en términos de eficiencia económica, es cuando se trata de evitar las fallas del mercado. Son normas que tratan de superar la ausencia de información suficiente para el consumidor o que regula actividades que puedan dañar a terceros.

Algunas normas intentan eliminar la discriminación ilegítima. Constituyen un esfuerzo para eliminar la existencia de ciudadanos de segunda clase en ciertos sectores sociales. Esto no quiere decir que el costo de estas reglamentaciones no tenga importancia, ya que los costos sobre la productividad no son irrelevantes.

Hay reglamentaciones que buscan proteger bienes meritorios como aspiraciones culturales, como mantener programas culturales o proteger especies en riesgo de extinción.

Algunas restricciones a los derechos individuales intentan **transformar las preferencias sociales**. Pueden existir prácticas sociales basadas en imitación de modelos que puedan poner vidas en peligro en esos casos pueden imaginarse reglamentaciones sobre limitación de fumar, incentivos a reciclar, bases de programas educacionales, o el control del acoso en lugares de trabajo.

Otras reglamentaciones intentan la redistribución de recursos a sectores marginales de la población o quienes la sociedad quiera

ayudar por otros motivos. En estos casos, un análisis de costo beneficio es imprescindible para conocer si la voluntad del legislador se cumple efectivamente con los medios que ha escogido.

Estos ejemplos indican la variedad de fundamentos que se puede imaginar en la restricción de los derechos individuales y en algunos de ellos, el análisis de costos beneficio tiene una utilidad limitada. En este tipo de circunstancias, el costo - beneficio es utilizado con un carácter menos técnico y más cercano al sentido común, como una invitación a equilibrar un conjunto de variables y, de esta manera, a obligar al legislador y al administrador a observar los costos y los efectos adversos al mismo tiempo que los beneficios imaginados. Si no lo hicieran podrá aplicarse un control judicial.

### **Características del riesgo.**

La regulación supone evitar un riesgo previsible.

En la opinión general, las características contextuales asociadas al concepto del riesgo son algunas de las siguientes:

- 1) la naturaleza catastrófica del riesgo,
- 2) saber si el riesgo es incontrolable,
- 3) si el riesgo incluye pérdidas permanentes o irreparables,
- 4) si se ha incurrido voluntariamente en el riesgo,
- 5) cuán equitativamente distribuido está el peligro o cuan concentrado en víctimas inidentificables, inocentes o tradicionalmente desvalidas,
- 6) cuán bien comprendido está el riesgo en cuestión,
- 7) si el riesgo debe ser asumido por las generaciones futuras, y
- 8) cuán familiar es el riesgo.

Muchos de estos criterios se reflejan en la voluntad de pagar que tiene la población. Cualquier criterio que se utilice en el análisis de costo beneficio, debe reflejar estos puntos. Más aún, un análisis de costo beneficio debe realizar una descripción más desagregada y más cualitativa de las consecuencias de la acción gubernamental.

Requiere también analizar los **riesgos sustitutivos**, es decir, cuando la disminución de un riesgo aumenta simultáneamente un riesgo de otro tipo. Toda regulación debe partir del hecho que no debe crear un riesgo complementario que sea mayor que el riesgo regulado.

Para el tratamiento de riesgos se pueden enunciar tres posibles estrategias:

- 1). **Ordenar los riesgos y reubicar los recursos** en dirección a los problemas más severos. Supone reestructurar los gastos que estuvieran dirigidos a problemas menores y orientarlos a los principales

2) **Incentivar y permitir planes del sector privado** que permiten mayores reducciones. A menudo el problema con la reglamentación federal es que el gobierno carece de la información de los medios menos costosos para producir el objetivo buscado. Si al sector privado se le permitiera seleccionar los medios buscaría el más barato. Esto supone que el gobierno elige los fines y los particulares los medios de obtenerlos.

2) **Reglamentar mediante incentivos.** El medio habitual de la reglamentación estatal es por medio de la orden o comando y el posterior control del cumplimiento de ese mandato. Este sistema es disfuncional ya tiende a otorgar cierta rigidez al sistema, es preferible buscar incentivos económicos que lleven a los regulados a dirigirse en la dirección buscada por el legislador.

En el fallo *Whitman vs. American Trucking Associations* la Corte Suprema si bien consideró que un órgano del gobierno federal se había excedido en sus competencias como autoridad regulatoria, analizó en obiter dicta la utilización del análisis de costo y el beneficio de una decisión como elemento válido para su fundamentación. En particular la opinión del Juez Breyer.

**Fallo. *Whitman, Administrator of Environmental Protection Agency, et al. v. American Trucking Associations, Inc., et al.***

*El Juez Scalia expresó la opinión de la Corte.*

*Estos casos presentan las diferentes preguntas... (2) Saber si el Administrador puede considerar los costos de implementación al establecer estándares nacionales de calidad del ambiente del aire bajo la ley (109 b 1).*

*Los demandados sostienen que muchos otros factores fuera de la contaminación del aire afectan la salud pública. En particular, el costo económico de implementar un estándar muy rígido podría producir pérdidas en la salud suficientes como para eliminar las ganancias logradas con la limpieza del aire, por ejemplo, si se cerraran empresas completas y se empobrecieran a los trabajadores y consumidores que dependen de esas industrias. Esto es incuestionablemente cierto y el Congreso estuvo incuestionablemente consciente de ello. Por lo tanto, el Congreso ha comisionado en la Ley de Calidad del Aire de 1967 “una estimación detallada del costo de llevar adelante las disposiciones de esta ley, un estudio comprensivo del costo de implementación del programa por las unidades afectadas del gobierno y un estudio comprensivo del impacto económico de los estándares de calidad del aire en las industrias de la Nación, las comunidades y otras fuentes contributivas a la contaminación.”.. El Congreso de 1970 armado con los resultados de este estudio, [publicado] no solamente anticipó que los costos de cumplimiento podían dañar la salud pública, sino que proveyó precisamente a esa exigencia. ... se permitió al Administrador que permitiera el incumplimiento para fuentes estáticas si, entre otras cosas, medidas de control suficiente no existieran y “la operación*

continua de esas fuentes fuera esencial para la salud pública o el bienestar”. Otras disposiciones explícitamente permitieron o requirieron que los costos económicos sean tenidos en cuenta al implementar los estándares de calidad del aire..

Por lo tanto, para prevalecer en el presente desafío los demandados deben demostrar un compromiso textual de autoridad a la EPA [Agencia de protección ambiental] para considerar los costos..[en el caso presente] el compromiso textual [de la ley] debe ser claro. **El Congreso, hemos sostenido, no altera los detalles fundamentales del esquema regulatorio en términos vagos o disposiciones secundarias, podemos decir que no esconde elefantes en cuevas de ratones.** Los argumentos textuales de los demandados caen finalmente a causa de este principio.

No podemos de todas maneras concluir que uno de los factores no enumerados que la agencia puede considerar en el desarrollo y aplicación de criterios es el costo de implementación. Ese factor es al mismo tiempo tan relacionado indirectamente a la salud humana y tan lleno de potencialidad para cancelar las conclusiones extraídas de los efectos directos en la salud, que sin duda hubiera sido mencionada.. si el Congreso hubiera tenido la intención de considerarlos.

El juez Breyer en voto separado expresó:

**Para cumplir los fines regulatorios, por ejemplo para asignar recursos de tal manera que se salven más vidas o de produzca un ambiente más limpio, los reguladores deben muchas veces tener en cuenta los efectos adversos de la reglamentación propuesta, al menos cuando esos efectos adversos puedan amenazar en forma seria y desproporcionada con un daño público.** Por lo tanto considero que, si todas la otras cosas son iguales, debemos interpretar los silencios y las ambigüedades en el texto de las leyes reglamentarias como permitiendo y no prohibiendo, este tipo de regulación racional.

En este caso, sin embargo, las otras cosas no son iguales, aquí la historia legislativa, conjuntamente con la estructura de la ley, indican que se refleja una decisión por el Congreso de no delegar a la agencia la autoridad legal de considerar los costos económicos del cumplimiento.

Las fuerzas que impulsan al desarrollo de la tecnología pueden ser realistas. Aquellas personas, por ejemplo, que se oponían en la ley de 1970 de que se estableciera una reducción del 90% en los contaminantes emitidos por los automóviles, basados en los costos excesivos, vieron el desarrollo del convertidor catalítico, tecnología que ayudó a lograr reducciones sustanciales sin la catástrofe económica que algunos temían.

Al mismo tiempo, el objetivo de la ley de forzar el desarrollo de una tecnología hace que los esfuerzos reglamentarios para determinar los costos de implementación sean a la vez menos importantes y más

*difíciles. Significa que los costos económicos relevantes son especulativos, porque incluyen el costo de tecnologías futuras desconocidas. También significa que los esfuerzos para tener en cuenta los costos pueden llevar a argumentos consumidores de tiempo y potencialmente sin resultado, sobre la exactitud y la importancia de las estimaciones de costos. El Congreso puede haber pensado que esos esfuerzos no valían las dilaciones y las inexactitudes que los acompañarían. En cualquier caso, eso es lo que la historia legislativa aparece indicar y es una cuestión que debe decidir el Congreso.*

*Finalmente, contrariamente a la sugestión de la Cámara de Apelaciones y de alguna de las partes, esta interpretación.. no requiere de la EPA la eliminación de todos los riesgos a la salud, aunque sean leves, a cualquier costo económico, aunque sea grande, al punto de “empujar” a la industria “al borde de la ruina”, o forzando la “desindustrialización”. La Ley, por sus términos expresos, no lleva a la eliminación de todo riesgo, y otorga al Administrador la flexibilidad suficiente para evitar estándares de calidad del aire ambiente que resulten ruinosos para la industria. ...*

*Esta discreción aparece como suficiente para evitar los resultados extremos que algunos sectores de la industria temen. Después de todo, la EPA, al establecer los estándares para “proteger la salud pública” con “un margen adecuado de seguridad”, retiene la autoridad discrecional para evitar los riesgos de regulación que razonablemente considera como triviales en el contexto. Tampoco la regulación necesariamente lleva a la des industrialización. La sociedad pre industrial no era una sociedad muy saludable, por lo tanto un estándar que requiriera el regreso a la Edad de Piedra no demostraría ser un “requisito que proteja la salud pública.”*

Este caso señala una tendencia en el reconocimiento del análisis de costo beneficio como para apropiada del proceso de reglamentación.

### **El análisis de costo beneficio y los costos de agencia.**

El modelo de análisis de costo beneficio puede asociarse con la doctrina de la agencia y la relación agente - principal. En ella, el principal, generalmente el Congreso, restringe los derechos individuales a través de una reglamentación y delega la autoridad a un Agente, que generalmente es el Poder Ejecutivo y a través de él la administración para que aplique esa norma que limita o reglamenta los derechos individuales.

Esta delegación es útil en la medida en que el agente, en este caso la administración sea leal a los objetivos del principal, el problema con la delegación es que la agencia puede utilizar este poder para perseguir sus propios objetivos y no los objetivos del principal. Para minimizar estos costos de agencia el principal establece instituciones designadas para controlar a la agencia y corregirla en caso que actúe en forma

incorrecta. En este modelo, entonces, la Constitución establece una serie de derechos, estos derechos pueden ser reglamentados por la ley del Congreso que como principal delega a su agente, en este caso el poder ejecutivo y la administración, que reglamenta a su vez esta ley del Congreso que restringió o reglamentó los derechos individuales.

¿Qué ocurre cuando los objetivos de la legislación no cumplen con los objetivos de la Constitución?, O ¿qué ocurre cuando la administración no cumple con los objetivos de la ley? En este caso la **Constitución crea otro agente para corregir estos excesos**, en este caso es **la Justicia**.

El Poder Judicial es el agente que corrige los excesos o los costos de la administración y hace cumplir los objetivos de la ley y los objetivos o las garantías de la Constitución.

El análisis de costo beneficio puede ser deseable aun cuando el principal no tenga un objetivo de eficiencia, la razón es que mientras en análisis de costo beneficio **reduce la asimetría de la información** permanece en la discreción del principal decidir castigar o no al agente que no cumple con sus instrucciones.

Si el principal no busca una solución eficiente va a encontrar que la información sobre costo beneficio es útil para determinar si un determinado proyecto cumple con sus intereses o con su decisión política. Finalmente, la función correcta de los tribunales puede ser de forzar a los organismos a conducir buenos análisis de costo beneficio.

**¿Que es un análisis de costo beneficio? El análisis de costo beneficio es considerado a veces como un equilibrio genérico de las ventajas y desventajas de un proyecto, pero esto no es lo que generalmente se toma en cuenta en una discusión sobre una política.**

Un proyecto ineficiente puede ser un proyecto socialmente deseable. La decisión de un proyecto deseable la hace la administración en cumplimiento de los deseos expresados por el Presidente y por el Congreso y con un control judicial adecuado. Si los principales, es decir el Presidente y el Congreso no buscan proyectos eficientes, esto no quiere decir que la administración deba necesariamente desobedecer estas instrucciones e implementar proyectos eficientes en contra de la voluntad política: Pero de todas maneras, siempre **es preferible que los poderes públicos busquen proyectos que cumplan alguno de los criterios de eficiencia fundamentalmente si se utilizan recursos públicos**. Existen circunstancias que una decisión política puede ser necesariamente ineficiente, es decir que vaya en contra de las preferencias de los habitantes, lo que iría en contra del criterio de Pareto. Es el caso de proyectos que buscan cambiar las preferencias publicas porque estas preferencias están

distorsionadas debido a una mala información o a prácticas tradicionales muy consolidadas.

**Sostener un proyecto contrario a la eficiencia puede ser fatalmente paternalista, porque la eficiencia siempre se mide sobre la base de las preferencias existentes en los individuos.** Pero puede ser deseable socialmente, justamente este tipo de políticas son las que llevan a campañas que eviten el consumo de ciertas sustancias contrarias de la salud, como el consumo de cigarrillos, estas decisiones buscan cambiar las preferencias sociales

Si no se utiliza el análisis de costo beneficio desde la perspectiva del principal, por ejemplo el Presidente frente a la administración, aparecen tres posibilidades que impiden hacer una decisión óptima:

1. La situación sin análisis de costo beneficio parte de una información incompleta, en cambio la existencia del análisis de costo beneficio indica que la información es correcta o tiende a ser amplia. Si no existe este análisis y la información incompleta ofrecida no aclara la divergencia entre los intereses del agente, es decir la administración pública y los intereses del principal, el Presidente, llevan al agente a preferir diferentes proyectos que los deseados por el principal.
2. Sin la existencia de análisis de costo beneficio, se consolida la posibilidad que sea el agente, y no el principal, quién establezca la agenda de gobierno. Debido a que tiene una capacidad y una habilidad para moverse dentro del juego administrativo. Puede hacer propuestas de reglamentación al Presidente según la base de “tómelo o déjelo” que permite establecer puntos que no sean los ideales para el Presidente aun cuando el Presidente pueda inferir una valoración.
3. La información incompleta impide que algunos proyectos que puedan ser beneficiosos para los intereses del Presidente y sean llevados a cabo. Esta situación de información incompleta puede llevar al agente, es decir la administración, a distorsionar otros proyectos beneficiosos en la dirección de una regulación excesiva.

¿Qué ocurre en el caso de que exista un análisis de costo beneficio y por lo tanto una tendencia a la información amplia? Una manera sencilla de analizar o comprender **el análisis de costo beneficio es que en la relación entre el principal y el agente se transforma de una relación de información asimétrica a una de información plena.** Sin un análisis de costo beneficio, el principal no está totalmente perdido porque puede inferir que ciertos proyectos benefician a un sector de la sociedad, pero rechaza proyectos que consideran de poco valor, ya que controlarlos tiene un costo elevado y también proyectos que lo pueden poner en una situación inferior. Con un análisis de costo beneficio el principal puede rechazar o aceptar un

proyecto, sobre la base de una observación directa de su consistencia con sus intereses, intereses políticos fundamentalmente. Comprender el análisis de costo beneficio, por lo tanto, incluye comparar un modelo en el cual el principal tiene una información completa sobre las actividades del agente y un modelo en el cual tiene información incompleta. En ambos modelos, el agente puede tomar ventaja de su conocimiento y posicionarse para proponer nuevos proyectos, y el principal puede castigar al agente que propone proyectos que no le interesen.

Pero lo que varía entre los dos modelos, es decir, entre el modelo de análisis con información incompleta y el modelo con análisis de costo beneficio y con información completa es la cantidad de información que el principal tiene sobre la actividad del agente.

El análisis de costo beneficio puede ser deseable aun cuando el principal aun no tenga una vocación o un deseo de tener una solución eficiente. La razón es que, mientras el análisis de costo beneficio reduce la asimetría en información, permanece en la discreción del principal saber si puede castigar o premiar a la agencia que cumple o no cumple su cometido. Si el principal no busca un resultado eficiente, de todas maneras, va a tener información de costo beneficio necesaria para determinar si un proyecto en particular sirve a sus intereses. Finalmente, el objetivo de los tribunales es el de obligar al agente a conducir un correcto análisis de costo beneficio.

La introducción del análisis de costo beneficio resulta en mejores proyectos desde la perspectiva tanto del principal como del bienestar general, sin embargo, aun con amplia información la agencia puede utilizar su capacidad de negociación para proponer un proyecto que el Presidente deba aceptar o rechazar sin posibilidades de cambiarlo.

La ventaja de la administración es que continúa en el tiempo y es probable que igualmente se sigan aprobando muchos proyectos que no cumplan con el análisis de costo beneficio.

Otra característica de la introducción del análisis de costo beneficio, es que es probable que aparezca una mayor reglamentación aun cuando esta sea menos extrema. La razón es que sin análisis de costo beneficio el Presidente no va a confiar demasiado en la administración y un gobierno que no confía en la administración rechazara algunos proyectos que considere de poco valor y por lo tanto no existe un incentivo para la agencia para proponerlos en primer lugar. Con una utilización moderada la administración propondrá proyectos más agresivos aun cuando sea solamente para señalarle al Presidente que el status quo es malo. La introducción del análisis de costo beneficio permite al Presidente confiar en la administración ya que tiene mayor acceso a la información y de esta manera es probable, si presumimos que la administración quiere un aumento de la reglamentación, es

que haya más reglamentación que antes. Pero como existe una mayor información, la reglamentación tendrá menos contradicciones es decir será menos extrema y menos contradictoria.

Esto en gran medida, es debido a que si un Presidente no puede determinar lo que la administración realiza, la respuesta probable es que no le reconozca una amplia capacidad, sino que por el contrario controle la actividad del agente. Por supuesto, tanto la administración como los grupos de interés, que trabajan con ella, preferirían un modelo en el que el Presidente o el gobierno o los jueces les dejen hacer lo que quieran, pero eso ya no parece ser una opción. Planteada la opción entre, o admitir el análisis de costo beneficio o perder el apoyo del gobierno, el agente y los grupos de interés preferirán la aplicación del análisis de costo beneficio. Tener al Presidente y al gobierno informado y de esta manera adquirir su confianza que le permita permanecer como un instrumento de reglamentación de derechos.

Desde un punto de vista teórico, el análisis de costo beneficio es asumido como sin costo y perfecto pero esta asunción es incorrecta. El análisis de costo beneficio es costoso y a veces inexacto lo que podríamos llamar **“una señal mocha”**. Otra asunción es que el análisis de costo beneficio es costoso y preciso, de esta manera todo análisis de costo beneficio tiene un costo, pero este costo aumenta con la ineficiencia de la regulación lo que se llama **“una señal precisa”**. Bajo la teoría de la señal precisa el costo es una función decreciente-creciente de la eficiencia del proyecto, es decir, en la medida que el fin de la administración o del agente diverge del principal o del Presidente, en este caso, más eficiente el análisis de costo beneficio debe ser para distinguir proyectos eficientes e ineficientes, de lo contrario el Presidente no creerá en el análisis de costo beneficio y resultara una situación de información incompleta. En suma, el análisis de costo beneficio mejora el resultado político tanto para el Presidente como para la administración en un marco de circunstancias predecibles.

El único caso que esto no ocurre es cuando el análisis de costo beneficio sea una señal roma o mocha, que es también ineficiente, o el análisis de costo beneficio es una señal precisa y el Presidente es suficientemente más intervencionista que lo que la eficiencia requiere.

### ***La Función de los Tribunales.***

Uno de los puntos al analizar el sistema de costo beneficio con respecto a la reglamentación de derecho es saber si este instrumento debe ser aplicado a través de una **decisión política** o por una **decisión legal** que pueda llegar a tener aplicación judicial.  
¿Cuál es la diferencia entre las dos posiciones?

La sanción política permite al Congreso y al Presidente mantener el control sobre los incentivos que tiene la administración para establecer la regulación. En nuestro simple modelo, el castigo o la sanción política del Presidente es revertir el proyecto propuesto por la administración, esto significa que un Presidente que tenga una visión ineficiente pueda aprobar una regulación que es ineficiente, pero que es beneficiosa a sus intereses políticos.

Cuando el análisis de costo beneficio es aplicado a través de sanciones políticas, no permite o no causan necesariamente que la administración actúe eficientemente lo que establece o lo que causa es que se dicten reglamentaciones cercanas al concepto o a la idea del Presidente en un punto, cualquiera sea esta antes que las reglamentaciones que la administración fuera a dictar bajo un sistema de información incompleta.

**La sanción judicial transfiere el control de los incentivos de la administración de las ramas políticas al sistema judicial y plantea nuevas cuestiones.** Los tribunales tienen su propia interpretación y pueden no ser necesariamente una visión de eficiencia, puede ocurrir que la visión del tribunal este suficientemente cercana a la del Presidente y el Congreso, o si un tribunal decide aplicar estrictamente a la ley antes de que su visión ideológica, entonces la introducción de las preferencias judiciales no presenta problemas para el análisis de costo beneficio.

Supongamos que un tribunal decida aplicar la ley y no actuar como un órgano político. **Si un tribunal tiene información perfecta puede reemplazar todas las reglamentaciones que no son eficientes, es decir, aquellas que no cumplen con un objetivo político de eficiencia.** Pero, como los tribunales tiene información imperfecta la administración tiene un mayor lugar de maniobra, si se llegara a una situación extrema en la cual los tribunales no tuvieran información estaría en la misma situación que un Presidente en un modelo de información incompleta. La diferencia es que los Presidentes aprueban proyectos que los hacen por lo menos tan buena como la del status quo, mientras que asumimos que los tribunales aprueban solo los proyectos que son eficientes. Como resultado, es fin de la aplicación del concepto de eficiencia por los tribunales los hacen más cercanos a un concepto por lo general de eficiencia.

Podemos resumir la situación de esta manera, cuando el análisis de costo beneficio es aplicado por decisiones políticas, el Presidente estará en una situación mejor en el cumplimiento de sus objetivos políticos porque el agente, es decir la administración, pierde el monopolio de información es decir la ventaja de contar con la información, pero de ahí no necesariamente surge que el resultado sea eficiente. Si el Presidente y la administración son más intervencionistas de lo que eficiencia requiere el resultado de la

reglamentación de los derechos será más intervencionista que lo que la eficiencia indica. En cambio cuando el análisis de **costo beneficio es aplicado por los tribunales**, entonces el **Presidente** puede estar en una situación mejor con respecto a los intereses si su idea o su propuesta como gobernante **se dirige a un resultado eficiente** o si el punto ideal de la administración, en cuanto a la reglamentación, es un punto en materia de eficiencia superior a la propuesta presidencial.

### **Los tribunales y la acción de los grupos de interés.**

La coacción de los **tribunales tiene particular importancia** cuando aparecen los **grupos de interés**, la ventaja de información de los grupos de interés asociado a un posible conflicto entre el Presidente y la administración le permite al grupo de interés influir activamente sobre los resultados. Si el Presidente acepta el mensaje de los grupos de interés, aun bajo ciertas condiciones entonces la administración sabe que bajo estas condiciones, debe proponer un proyecto que haga el grupo de interés por lo menos en mejor situación de lo que es el status quo. La lección es que los grupos de interés pueden ayudar al principal del gobierno para controlar la administración al establecer o al conceder información al principal, pero de esta manera y a través de esta ayuda los grupos de interés pueden dirigir el resultado del proyecto de una manera que no sea beneficioso para la sociedad. En estas circunstancias el efecto del análisis del costo beneficio es muy importante porque elimina la ventaja informativa del grupo de interés, al carecer de esta ventaja los grupos de interés no pueden influir sobre el proyecto de la agencia del gobierno para lograr un cambio, de esta manera el análisis del costo beneficio y particularmente si es aplicado por los tribunales, reduce la influencia de los grupos de interés. Este argumento es más complejo de lo que aparece a primera vista.

El argumento no es que el análisis de costo beneficio elimina totalmente los grupos de interés, esto ocurriría en el caso especial si existiera un análisis de costo beneficio que fuera obligatorio para la legislación y para acción del poder ejecutivo, esto solo podría ser si se aplicara estrictamente por los tribunales a través de una razonabilidad económica. Es decir, se eliminaría a los grupos de interés de una manera más amplia si el concepto del análisis del costo beneficio fuera aplicado estrictamente por los tribunales dentro del concepto más amplio de razonabilidad económica, en este caso lo que se haría es constitucionalizar la regla de eficiencia y se determinaría la búsqueda de rentas, rentas ocultas o cripto rentas.

Los grupos de interés a través de contribuciones de campañas electorales o a través de una campaña por la prensa tienen influencia sobre el Congreso y el Presidente, al mismo tiempo los grupos de interés tiene influencia estable sobre los sectores permanentes de la

administración, ello establece una situación que no cambia necesariamente con la introducción del análisis de costo beneficio. Pero lo que cambia es que **el grupo de interés pierde la ventaja de poseer una información superior**, ya que el análisis de costo beneficio le impide utilizar esta información superior para influir al Presidente y a través del Presidente a la administración. O influir directamente sobre el Congreso. El resultado es que la política aprobada finalmente por el Presidente estaría más cerca de la voluntad presidencial de lo que ocurriría sin análisis de costo beneficio, cuando el manejo de la información estaría en manos de grupo de interés. Si además del ejercicio del análisis del costo beneficio por el Presidente y por el Congreso como paso previo a la reglamentación de derechos, fuera éste parte de la razonabilidad económica dentro de la competencia de los tribunales y a través del control de constitucionalidad, lo que ocurriría es que cuando una medida se toma con información incompleta o con información apriorística influida por grupos de interés, quedaría abierta una vía judicial para analizar la falta de razonabilidad de la medida.

Esta **falta de razonabilidad** se demostraría por la no utilización del análisis de costo beneficio como paso previo a la reglamentación y de la necesidad de que ya sea por un acto de administración o por las **pruebas que agregan las partes en el proceso**, aparezca la información completa y no una información sesgada como sería en el caso de que esta fuera provista solamente por un grupo de interés. De esta manera, uno de los efectos del análisis de costo beneficio y su aplicación de los tribunales es que **no solo se tendría un resultado más eficiente en la reglamentación de los derechos** sino que también se **limitaría fuertemente la acción de grupos de interés que busquen rentas ocultas**. El análisis de costo beneficio y su aplicación judicial **aseguran el cumplimiento estricto de interés general** por sobre el interés de algún sector.

## Los monopolios naturales y los servicios públicos.

---

Teniendo en cuenta el concepto de libertad económica establecido en la Constitución la pregunta crítica que debemos plantearnos frente al ejercicio del poder de policía es saber si la reglamentación produce un resultado más deseable que el producido por el mercado desregulado.

### ***La teoría del monopolio natural.***

La justificación central para la reglamentación económica es la teoría del monopolio natural. Se dice que existe un monopolio natural cuando los deseos del mercado se cumplen de una manera más eficiente si se proveen por medio de una sola empresa que por varias. La existencia de un monopolio natural está asociada a la incidencia de los costos fijos en la actividad de la empresa. En los monopolios naturales habrá una declinación de los costos promedio a medida que aumenta la producción, ello ocurre cuando los costos de producción de la empresa tengan un alto componente de costos fijos. Los costos fijos son aquellos que no varían cuando el nivel de producción aumenta. El ejemplo tradicional de una empresa con altos costos fijos es la empresa que presta un servicio público. En este caso como los costos fijos son relativamente elevados cuando son comparados con los costos variables y por su definición no aumentan en la medida que la producción aumenta, el costo promedio de producción caerá aún cuando alguno de los otros costos de producción aumenten. Los costos variables son los que a diferencia de los fijos aumentan con el nivel de producción.

Desde el punto de vista de los costos de producción la forma más eficiente de organizar una industria con altos costos fijos es que la demanda total sea atendida por una sola empresa. Esta estructura es llamada un **monopolio natural** porque si el mercado no estuviera regulado, éste evolucionaría hasta un momento en que una sola empresa sobreviviría. Si no estuviera regulada la empresa podría entonces establecer precios monopólicos.

Tomemos el ejemplo tradicional de dos empresas de servicios eléctricos que intentan satisfacer la demanda de un mismo mercado. Dado que ambas tienen altos costos fijos deberían tener la participación más amplia del mercado para evitar pérdidas. La competencia resultante podría tomar la forma de una fuerte competencia de precios en la que cada firma establecerá precios por debajo del costo total. Eventualmente una de las empresas abandonará el mercado a la otra.

La relación de costos y demanda que resultan del monopolio natural crea un **dilema**. Si la actividad de las empresas no es regulada los precios caerán hasta que alguna de ellas deje el mercado. En ese momento la empresa ganadora es un monopolista que tendrá la capacidad de fijar precios. Dado los altos costos de ingreso a la actividad, debido a los altos costos fijos existentes, lo más probable es que la empresa pueda mantener sus precios en niveles superiores al precio de la competencia.

La reacción a la amenaza de un precio de monopolio es regular los precios. Si los precios son regulados la pregunta es saber cual es el nivel apropiado. En un nivel más general hay dos estándares básicos para el precio regulado. La primera es elegir el precio que obtiene la eficiencia en la asignación (*allocative efficiency*) es decir el costo marginal. Esto es así porque el costo marginal refleja el costo que tiene la sociedad la producción de una unidad adicional y la curva de demanda muestra el valor atribuido a esas unidades de producción por los compradores. Desde el punto de vista del bienestar general tiene sentido producir en la medida que la curva de la demanda esté por encima de la curva del costo marginal.

El problema con esto es que fijar el precio en el costo marginal lo pone por debajo del costo total de producción de la empresa. Por lo tanto la empresa no puede sobrevivir en la largo plazo sin una fuente exterior de ingreso, probablemente un subsidio gubernamental. Debido a esta situación existe en los monopolios naturales una presión permanente para que se permita a la empresa recuperar sus costos completos de producción incluyendo un beneficio a través del aumento de tarifas o de la concesión de un subsidio por el gobierno.

### **La Regulación por Agencia.**

Habitualmente la respuesta a los monopolios naturales es la regulación de precios a través de un órgano o agencia. Esto supone dos pasos. Uno es la determinación del ingreso total que se permitirá a la empresa a través de la estructura de precios. Como fue mencionado más arriba generalmente se permite a la empresa obtener ingresos iguales a los costos de operación más una ganancia considerada normal. En una audiencia sobre tarifas cada uno de esos componentes serán analizados tratándose al mismo tiempo temas como saber si los ejecutivos de la empresa tienen sueldos excesivos hasta el costo del capital. La cuestión principal no es saber si la empresa puede o no incurrir en cierto gasto, sino saber si debe ser pasado a los contribuyentes. Si el mecanismo regulador funciona idealmente los ingresos totales obtenidos serán iguales al total de costos razonables incluyendo un nivel aceptable de ganancias. En otras palabras, el ingreso total será aproximadamente el ingreso obtenido si la empresa de servicios operara bajo condiciones competitivas. Un problema que se plantea es como proveer incentivos para que la empresa funcione lo más eficientemente posible. Si la empresa se asegura recuperar su costo pero está restringida en los términos de las ganancias que puede obtener, muchos de los incentivos que existen en los mercados no regulados se pierden.

### **El efecto Averch Johnson.**

Este efecto se cumple cuando a la empresa regulada se le permite obtener una tasa “justa” de retorno por el capital invertido. El

dinero utilizado para la adquisición de esos bienes es la contribución de capital de los inversores en la empresa. Si la tasa justa de retribución del capital es más alta que el costo efectivo del capital la empresa tendrá un incentivo para invertir en capital y sustituirlo a los otros insumos como es el caso del trabajo. El efecto básico e Averch-Johnson<sup>14</sup> es que la empresa regulada se verá incentivada a utilizar una mezcla de insumos diferente y menos eficiente que los que utilizaría una empresa en un mercado no regulado.

La hipótesis Averch-Johnson es que las empresas de servicios públicos reguladas en las tasas de sus servicios hacen sistemáticamente inversiones de capital excesivas e ineficientes.

Una mayor tarifa de base es ventajosa para una empresa de servicios públicos porque las tarifas son computadas para recuperar los costos de la regulación y generar algunos beneficios o “tasa de retorno”. Por lo tanto, las empresas de servicios públicos que puedan convencer a los reguladores gubernamentales que les permitan un retorno de capital superior al normal tienen el incentivo financiero de sobre invertir en bienes de capital que es el efecto Averch-Johnson. Este análisis sugiere que los reguladores deben establecer tarifas precisas sobre el verdadero costos de capital de los contrario los monopolios regulados sobre invertirán.

Esto es particularmente posible en el caso de desregulación. Puede ocurrir que empresas de infraestructura, con el aumento de la competencia debida a la desregulación reclamen haber sufrido perdidas debidas a antiguas actividades gubernamentales. Estas perdidas podrían haber interferido con expectativas basadas en la inversión y podrían constituir una apropiación (*taking*). Esto no solo podría ser utilizado para reclamos judiciales frente a los organismos regulatorios sino que pueden ser utilizados para convencer a los decisores políticos en un esfuerzo de convencerlos que se establezcan aumentos de tarifas de “transición” para ser pagados por los consumidores.<sup>15</sup>

### **La regulación de tarifas.**

Otro paso en el proceso es la determinación de las tarifas que serán aplicadas a los consumidores del servicio. Existen dos alternativas. La primera es la de cobrar a los usuarios el costo actual de prestarles el servicio. Este “costo de servicio” puede estar basado en el costo promedio del servicio o en el costo marginal. Una segunda alternativa está referida al “valor del servicio”. El precio establecido por valor del servicio significa que los precios para diferentes grupos de consumidores variarán en forma inversa a la elasticidad de la

---

<sup>14</sup> Harvey Averch & Leland L. Johnson, Behavior of the Firm Under Regulatory Constraint, 52 Am. Econ. Rev. 1052 (1962).

<sup>15</sup> Susan Rose-Ackerman Jim Rossi DISENTANGLING DEREGULATORY TAKINGS Virginia Law Review October, 2000

demanda de ese grupo. De esta manera, por ejemplo, las tarifas telefónicas de larga distancia que son elásticas serán más bajas para atraer el consumo. En cambio, las tarifas urbanas que son inelásticas serán más altas que el consumo no varían por el aumento del precio.

Los criterios por costo de servicio y por valor de servicio se pueden combinar.

Los problemas asociados con una estrategia de precios u otra diferente dependen de la tensión entre la necesidad de obtener beneficios iguales al costo total de operación de la empresa y, por otra parte, del deseo de enviar a los consumidores la señal correcta de precios como forma de obtener eficiencia en la adjudicación de recursos. De esta manera puede ocurrir que un precio igual al costo marginal signifique que la empresa no pueda cubrir con sus costos. Una respuesta es la de adjudicar a cada usuario el costo completo de producción. En otras palabras, todos los costos fijos de la empresa serán adjudicados de tal manera que cada unidad tenga un precio que permita que cada consumidor pague una porción de los costos totales de producción. Esto significa que se pierden las ventajas del precio del costo marginal de tal manera que los consumidores no se incorporarán para obtener el nivel óptimo social de consumo.

Otra posibilidad es la de establecer el precio en dos partes. En este caso el consumidor paga un precio simplemente por tener acceso al consumo del servicio y luego un precio por unidad efectivamente comprada. La parte fija del costo está designada para asegurar que la empresa recupere los costos fijos de producción. Puede ser asignado a los consumidores sobre la base de cuanto solicitan del servicio en el punto más alto de la demanda. El costo por unidad puede ser establecido entonces para reflejar el costo marginal. Este sistema es un híbrido en el que el objetivo es el de permitir a la empresa que obtenga sus necesidades de ingresos al mismo tiempo que se provee a los consumidores información sobre el costo marginal.

### **El principio de Ramsey.**

El sistema de valor del servicio supone una perspectiva diferente. En vez de intentar que los consumidores paguen los costos de producción, se concentra en la elasticidad de la demanda de los consumidores. Los consumidores con una inelasticidad relativa en la demanda pagan un precio más elevado que aquellos con una demanda relativamente elástica. Esto es independientemente del valor que los clientes adjudiquen al servicio. Se aplica el **“principio de Ramsey”** en el cual el objetivo es aplicar precios diferentes según las elasticidades de la demanda con el objetivo de cubrir el costo total de producción.

Frank Ramsey escribió un artículo clásico en 1927 en que determinó que la minimización de las pérdidas se obtenía subiendo los precios en proporción inversa a las elasticidades de la demanda de los bienes en cuestión. La elasticidad de la demanda es una medida de cómo reaccionan los consumidores al cambio de los precios. Cuanto mayor es la elasticidad de demanda de un producto una mayor cantidad de consumidores reducirán los precios cuando estos aumentan. La demanda de bienes con sustitutos y los bienes suntuarios son generalmente elásticos. La demanda de bienes necesarios es probablemente inelástica y varía muy poco cuando los precios suben. Con el propósito de minimizar la pérdida de bienestar económico los precios deberían ser aumentados en los bienes en los cuales la demanda varía relativamente poco. La intuición de la regla de “elasticidad inversa” es evidente. Si la demanda no cambia cuando los precios aumentan la producción total no variará mucho. Puede haber una redistribución de beneficios de los consumidores a los productores y al fisco por los mayores impuestos, pero habrá una reducida pérdida neta. Contrariamente, si la demanda cae significativamente en la medida que el precio aumenta habrá una contracción de la cantidad solicitada, una caída de la producción total y una variación en la participación proporcional del excedente de los consumidores a los productores o al fisco. Consecuentemente, no todos los mecanismos que pueden percibir una suma requerida son igualmente eficientes. La regla de precios de Ramsey provee de una guía básica, deben aumentarse más los precios de los productos en los cuales la demanda es menos sensible al precio.

### **Los subsidios cruzados.**

La posibilidad de aplicar precios diferentes a grupos diferentes de consumidores plantea la cuestión de los subsidios cruzados o lo que Posner llama “impuestos por regulación” (*taxation by regulation*). En términos generales los subsidios ocurren cuando un grupo debe pagar tarifas mayores que los costos para que otro grupo pueda pagar tarifas por debajo de los costos. Existe una relación con el valor del servicio ya que el grupo que subsidia, es decir el que paga tarifas más altas, tiene una demanda relativamente inelástica por el servicio.

Debe tenerse en cuenta que no son las tarifas relativas las que determinan solamente si un grupo subsidia a otro. Si por ejemplo, un grupo para el cual la provisión del servicio resulta muy onerosa para la empresa puede recibir una tarifa más elevada que un grupo al que el servicio es más barato. Pero el grupo que paga la tarifa más elevada esta siendo subsidiado por el grupo que paga menos ya que la tarifa que abona el primer grupo es menos que el costo de provee el servicio.

Al mismo tiempo debe señalarse que es difícil en ocasiones conocer que grupo es el subsidiado y que grupo es el que subsidia.

Los verdaderos subsidios cruzados que ocurren cuando el cliente paga una tarifa que es menor que el costo marginal son difíciles de defender en términos económicos tradicionales. El problema es que las tarifas debajo del costo marginal envían una señal errada a los consumidores del grupo subsidiado y fomentan una asignación de niveles de consumo ineficientes. Esto es debido a que el costo marginal refleja el costo efectivo para la sociedad en la producción del servicio distribuido. Los consumidores que comprarán el servicio a un precio que es menor que el costo marginal no “valoran” el servicio a un nivel suficientemente elevado que justifique su producción por sobre la producción de otros bienes o servicios para los cuales esos insumos pueden ser utilizados.

Los subsidios cruzados en un marco regulatorio no pueden distinguirse de ninguna otra política de subsidiar a un grupo en perjuicio de otro.

### **Mercados competitivos en monopolios naturales.**

Otra alternativa a considerar frente a los monopolios naturales es una que no abandona rápidamente el mercado como mecanismo de distribución y asignación de bienes y servicios. La idea básica es que la condición de monopolio natural no significa que los precios deban ser regulados para evitar que se establezcan los precios de monopolio. En cambio el objetivo es determinar que empresa será la única proveedora del servicio. Esto puede ser determinado por la competencia entre los proveedores. A diferencia de los casos habituales en que la competencia es para obtener los consumidores individuales, en este caso la competencia es para obtener todo el mercado.

Una versión de este sistema es que la empresa que cumplirá el servicio sea la determinada por un remate o subasta. Esta alternativa tiene algunas complicaciones. El organismo público que llame a la subasta ofrecerá un contrato prolongado a la empresa que gane el remate. Este contrato estará sujeto a ajustes de precio. El proceso de decisión de los ajustes será semejante a un típico ajuste de tarifas. La hipótesis algo teórica es que el riesgo de la competencia haga imposible al monopolista imponer precios que fueran más allá de un beneficio normal. El elemento central para esta alternativa es que la entrada en la industria por un nuevo competidor no sea más elevada que para quien ya cumple las funciones. Bajo estas condiciones si un monopolista intenta establecer un precio que resulte en un beneficio que fuera más elevado del mínimo necesario, otro monopolista puede ingresar al negocio, establecer un precio más bajo y quedarse con el mercado. El riesgo constante puede ser suficiente para que el monopolista mantenga sus precios bajos. Supone que estas empresas monopólicas son fungibles.

### ***La regulación económica en casos de competencia excesiva.***

En algunos casos, la reglamentación económica se establece como respuesta a lo que **se denomina competencia excesiva o destructiva**. Esta reglamentación, tiene típicamente la forma de restricciones al ingreso al mercado o bien, el establecimiento de precios mínimos. Es por lo tanto excesivamente polémica, porque puede ser utilizada como excusa para impedir al ingreso al mercado a otros competidores.

Se dan cuatro razones posibles para la justificación de la competencia excesiva:

- 1.) La primera, es el sistema de precio por valor de servicio, ya comentado. En este caso, las “pérdidas” incurridas por servir a un grupo son compensadas por las ganancias extras generadas por servir a otro grupo; generalmente, el grupo con una demanda relativamente inelástica sería un buen negocio para que una empresa pudiera ingresar al mercado para satisfacer solamente al grupo con la demanda inelástica. Esta empresa, ingresaría en el mercado y se quedaría con los “mejores” clientes, es decir, aquellos a los que se les puede cobrar tarifas más elevadas, dejando aquellos que sólo pagan un precio por debajo del promedio del costo total a la empresa existente. La respuesta a este comportamiento es proteger a la empresa existente de los que ingresan.
- 2.) Una segunda razón para regular el ingreso al mercado se refiere al tipo de costos que tiene una empresa. Los costos fijos son aquellos que no varían con el nivel de producción. La empresa debe hacerles frente aún si no produce nada. Si una empresa tiene altos costos fijos, es muy vulnerable a la competencia. El aumento en la competencia, incluyendo la competencia por los clientes más deseables, puede significar que la empresa no pueda cobrar un precio igual al costo total promedio. Más aún, como los costos son fijos, no puede escapar esas pérdidas simplemente con cerrar.
- 3.) Una tercera categoría de competencia destructiva tiene un carácter diferente al que tiene el caso de los altos costos fijos. Muchas veces, las tarifas y el ingreso han sido regulados simplemente porque las empresas en el mercado son inherentemente inestables. En otras palabras, el ingreso y egreso del mercado es relativamente sencillo. El Corte de precios es el método predominante para competir y hay un amplio número de falencias. Este no es un escenario agradable para los que participan en el mercado y existe una fuerte presión política para poner orden en el mercado y para proteger a los proveedores de

servicios de los rigores del mercado. Esta situación es habitual en el mercado del transporte.

- 4.) La justificación final para reducir las presiones competitivas sobre la industria está basada en la posibilidad de que una competencia intensa resulte en una caída de la calidad del servicio. Muchas veces, el argumento está hecho dentro de escenarios similares a las aerolíneas cuando se menciona el tema de la seguridad y se ceba de los temores de los viajeros. A pesar de que la calidad del servicio es un argumento interesante, existen respuestas basadas en la teoría económica que tienden a limitarla como base de regulación de la competencia. El primero parte del supuesto de que cada empresa que maximiza los beneficios busca la forma de aumentar sus beneficios. Esto incluye la reducción de los costos de producción y posiblemente la calidad. A menos que esta búsqueda de beneficios más elevados sea diferente o menos activa durante el período de competencia intensa, no aparece claro que la calidad sea diferente durante las condiciones normales del mercado.

Al mismo tiempo, el argumento que dice que la calidad sufrirá, parte de la creencia de que los consumidores no están interesados en la calidad del servicio o no perciben la diferencia entre un buen o mal servicio. Si la primera situación es la correcta, la reducción de calidad aparece como deseable. La segunda situación supone que una mayor competencia en el mercado le daría a los consumidores la información necesaria para distinguir entre un buen o mal servicio.

### **La asignación de recursos inherentemente escasos**

El fundamento que generalmente se utiliza para justificar la reglamentación de derechos es que se deben asignar recursos que son inherentemente escasos. Esta justificación general se puede orientar hacia dos situaciones básicas. Si tomamos como ejemplo la regulación de las emisiones de radiodifusión, se señala que un uso no reglamentado de las frecuencias significaría que las radios competidoras interferirían entre sí y de esta manera, limitarían la utilidad del espectro de radiodifusión. Esta sería una situación similar a la de la “tragedia del común”. La solución a este problema, podría ser resuelta de forma más sencilla creando un sistema de derechos de radiodifusión exclusivos, es decir, un sistema similar al de un sistema de derechos de propiedad con los medios necesarios para aplicarlos.

La segunda preocupación recae en la forma en que se pueden asignar recursos limitados. En el caso de la radiodifusión, una alternativa sería la subasta de derechos de propiedad sobre las frecuencias. El mercado determinaría la eventual propiedad. Alternativamente, los

derechos pueden ser asignados por factores diferentes a la voluntad y a la capacidad de pagar.

Una pregunta que surge en todas las decisiones de asignación de derechos de una manera diferente a la que efectúa el mercado, es determinar si los que reciben los derechos pueden, a su vez, venderlos a otros que paguen por ellos el precio del mercado, es decir, un precio más elevado. Si lo pueden hacer, el resultado final en términos de propiedad no es muy diferente al que resultaría de una subasta. Al mismo tiempo, las externalidades positivas que hubieran podido surgir de la asignación inicial de derechos se perderían. Por supuesto, tendría una importante consecuencia distributiva en el sentido de que quien recibió originalmente el derecho, vería su patrimonio aumentado por la transacción.

La Corte Constitucional de Alemania resolvió la constitucionalidad de una transacción similar en el caso de los obreros de la Volkswagen.

### ***Reacciones a los costos de transacción y a las externalidades***

Una gran parte de la reglamentación de derechos y regulación económica que encontramos cotidianamente, es el resultado del esfuerzo del legislador y de la administración para responder a los costos de transacción y a las externalidades. Los costos de transacción son los costos que se deben afrontar para que un intercambio tenga lugar. Son los costos referidos a la ubicación de la otra parte, obtener información, negociar, redactar los términos del contrato, conocer el derecho aplicable, etc. Altos costos de transacción pueden resultar en que intercambios beneficiosos no puedan realizarse. Un objetivo de la reglamentación es hacer que las transacciones sean menos costosas para las partes. Generalmente, la situación es la opuesta y la reglamentación aumenta los costos de transacción.

En general, hay tres amplias áreas de respuesta a los costos de transacción. La primera, se refiere a establecer estándares que permitan racionalizar las decisiones industriales. Es el caso de determinar derechos de propiedad y los títulos de propiedad. La segunda respuesta, es que la información esté disponible. Tercero, que la reglamentación sea una respuesta directa a las externalidades. En cada caso, corresponde siempre preguntarse si el mercado libre, es decir, la libertad económica no regulada, puede superar los costos de transacción y llegar a un resultado eficiente.

#### **1. La organización de una industria**

Sin una asignación inicial de derechos es muy difícil establecer una actividad económica, como el caso mencionado de las frecuencias de radiodifusión. La alternativa sería que las personas interesadas en

operar una frecuencia compraran los derechos a todos los potenciales competidores. Pero ese proceso sería extremadamente costoso y se correría el riesgo de comportamientos estratégicos. La actividad industrial se hace racional por la determinación de derechos.

El mismo procedimiento ocurre cuando se fija una marca o una patente. Sin una determinación inicial de títulos las transacciones posteriores serían extremadamente complejas. Un fenómeno similar ocurre con las licencias profesionales que permiten informar al consumidor sobre si el profesional tiene una licencia para ejercer su acto.

## **2. El acceso a la información**

Una de las funciones de la administración son los estándares de información. De esta manera, se requieren ciertos requisitos básicos para ser médico y la emisión del diploma asegura ese estándar a la población. De lo contrario, conocer si quien se dice competente en medicina efectivamente lo es, supondría costos de transacción muy elevados.

El requerimiento de que los vendedores deban proveer de cierto tipo de información sobre el contenido de alimentos o de medicamentos o de la información clara en los contratos de adhesión, es una forma del requerimiento de que los vendedores ofrezcan un producto en la forma de esa información a los consumidores. Es una reacción a la creencia de que la información puede ser muy costosa de obtener para el consumidor individual, y de esta manera, los consumidores pueden tomar mejores decisiones. Asegurar el acceso a la información tiene un fin distributivo o de asignación de recursos. La mejor información del consumidor les permite tomar mejores decisiones en el mercado y al mismo tiempo, favorece la competencia de los vendedores. Cuando los mercados son más competitivos, existe un efecto distributivo en favor de los consumidores. Por esta razón, el vendedor desea retacear la información sobre el producto aún cuando no fuera costoso producirla. La información más amplia al favorecer la competencia, permite una asignación de recursos más eficiente.

El vendedor produce y vende la información sobre el producto como parte de ese mismo producto. El costo de la información es parte del costo del producto.

El costo de transacción que impide el fluido movimiento de la información es que el consumidor potencial no conoce la información o no puede establecer su valor. Al mismo tiempo, aunque conociera el valor de la información, ésta puede ser costosa. Puede haber consumidores que no quieran pagar por la información y que prefieran esperar a que otro la obtenga, el problema del “free-rider”.

La solución a este problema es requerir que todos los vendedores provean de esta información.

### **3. Reacción a las externalidades**

Las externalidades pueden ser positivas o negativas. Las externalidades positivas existen cuando el productor es incapaz de “internalizar” todos los beneficios de lo que ha producido. Es el caso del inventor que no tiene control sobre el uso de su invención luego de que se comience a utilizar. Generalmente, se requiere que los que utilicen una externalidad positiva, paguen por su utilización. En otros casos, la externalidad positiva existe porque quien expresa una idea desea que ésta sea difundida. Es el caso de la libertad de expresión como una externalidad positiva.

Gran parte de la reglamentación de derechos se refiere a externalidades negativas. Estos son costos de producción o de consumo que no son asumidos por el productor o quien lo utiliza. Es el caso típico de la fábrica que contamina, que crea una externalidad a la población que rodea a la fábrica y tiene derecho a un nivel de aire puro.

Una decisión que afirme que una actividad produce una externalidad, establece un marco en el que la parte agraviante puede comprar su derecho para continuar con su actividad. También crea una situación en que las partes agraviadas pueden reivindicar sus derechos de propiedad y buscar una compensación.

En el caso de la regulación, ésta no sólo asigna el derecho sino que también protege ese derecho en forma preventiva al prohibir una actividad que pueda interferir con él. De esta manera, ese derecho no puede ser vendido por su propietario. Es el caso de la reglamentación sobre cinturones de seguridad en los automóviles. Quien compre el automóvil no puede vender su derecho a tener el cinturón en su vehículo de vuelta al fabricante y tener un medio menos seguro pero más barato.

Pueden existir alternativas en la reglamentación. Una, es permitir que una parte le pueda vender a la otra su derecho. En casos de seguridad laboral en que un trabajador prefiera correr el riesgo y cobrar más sueldo. La otra y más sencilla, es la de proveer información sobre el producto o servicio al consumidor y permitir al consumidor que tome su decisión.

El debate constitucional que se plantea, es saber si es necesario ir más allá de la definición de derechos, hacer accesible la información y permitir a las partes que expresen sus preferencias en el mercado. Puede ocurrir que algunos prefieran sus automóviles sin bolsas de aire o que existan personas que están dispuestas a utilizar remedios

aún no probados porque su enfermedad es muy grave. O en el caso que prefieran comprar leche cruda más barata que la pasteurizada.

Las reglamentaciones que ven más allá de estas alternativas sólo son útiles si tienen un fin de mejor asignación o distribución de recursos.

Una posibilidad es que el propietario de un derecho no pueda venderlo por motivo de la reglamentación, debido a que tienda a subvalorarla. Esta puede ser la justificación para las normas de seguridad en el trabajo. Si vendieran estos derechos muy baratos, ya que son más valiosos de lo que los vendedores potenciales imaginan, existiría una asignación ineficiente de recursos.

Al mismo tiempo, la reglamentación puede tener una función distributiva. En el caso de compradores de automóviles o de trabajadores en tareas riesgosas, la reglamentación mejora los términos de intercambio en su favor frente a contratantes con mayores medios. Se limita el poder de la parte más poderosa. Finalmente existen reglamentaciones de derechos que prohíben actividades que dañan a especies animales o ponen en peligro su hábitat. Estas medidas de preservación dan un derecho a esas especies a existir. La externalidad negativa es la eliminación del animal.

