

# Las declaraciones de derechos.

---

## Los límites del contrato social.

---

El concepto de **acciones privadas** en el artículo 19 establece una idea contractualista de la creación del Estado. Significa la existencia de un ámbito de reserva para las personas al incorporarse al Estado y en el que los magistrados no pueden intervenir. No son cuestiones justiciables porque su decisión está vedada a los jueces. Imaz y Rey las consideran cuestiones ajenas al Poder Judicial.<sup>1</sup>

El Artículo 19 no indica que **“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.”**

Señala un ámbito reservado al individuo y excluido del poder estatal. Su primera versión normativa positiva es en el Estatuto de 1815. Establecía este artículo : **“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden público, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de la Nación.”**

Y desde entonces en todas las constituciones argentinas. No tenía referencia a la moral pública incluida en 1853. No hay norma similar en la Constitución de los EE.UU., aunque su jurisprudencia se ha esforzado en encontrar una fundamentación similar. Tiene un origen lejano en el art. 19 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. **“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a otro.”**<sup>2</sup>

### **El derecho a la intimidad y la economía. Las bases constitucionales del Teorema de Coase.**

Las acciones privadas y el derecho a la intimidad tienen consecuencias económicas importantes, a pesar de utilizar palabras como el orden o la moral públicas, su contenido se refiere a la autonomía de la voluntad. Permite que cada habitante defina como maximiza su utilidad o sus beneficios. Es un concepto basado en la idea del contrato social. Establece los límites del contrato social. Es

---

<sup>1</sup> Cf. Imaz y Rey. El Recurso Extraordinario. 2 ed. Nerva, Buenos Aires. 1963. p. 42.

<sup>2</sup> Para un análisis detallado de las acciones privadas y del derecho a la intimidad ver. Juan Vicente Sola, Control Judicial de Constitucionalidad. Abeledo Perrotto. Buenos Aires. 2001.

una fuente de la teoría de la autorregulación como fuente del derecho, la norma es legítima cuando es auto impuesta.

**Es también el fundamento constitucional para la aplicación del Teorema de Coase, la solución que las partes obtengan a través de la negociación no solo será eficiente, sino también permitida por la Constitución. Es decir, que la búsqueda del acuerdo, con independencia del derecho vigente es una solución deseada por la Constitución.**

¿Puede ser la moral un bien público? No. La inclusión de moral pública es una garantía, el Estado no puede imponer una moral sino dejarla al arbitrio de cada uno. Decía en este sentido Montes de Oca *“la ley fundamental de la Nación se apoya simplemente en las normas jurídicas que rigen el desenvolvimiento social; la esfera de la moral pura le es extraña”*.<sup>3</sup>

La acción privada es aquella que no es pública, es decir que no es hecha en representación del Estado. No que no se sea a escondidas. Pero la reserva es una garantía que no perjudica a un tercero. De lo contrario se adoptaría una teoría perfeccionista del orden social, es decir que el Estado puede imponer un comportamiento o un orden moral estricto.

La definición de la intimidad es también la **determinación de los extremos del ámbito de la autorregulación**. Los fundamentos constitucionales del contrato, en términos amplios, como acuerdo de voluntades entre las partes. Los límites son la eliminación de los costos de transacción. Analicemos los límites en la determinación de las acciones privadas.

***La intimidad y la definición de una familia.***

Supone limitaciones a la determinación pública de ciertos conceptos. ¿**Qué es una familia?** Pueden limitarse la vivienda exclusivamente a una familia nuclear. Se puede en este sentido mencionar el voto de Bacqué en el caso **Sejean**, donde asocia la limitación del orden público a no perjudicar a terceros.

**Juan Bautista Sejean c/ Ana Maria Zaks de Sejean s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393**

Voto del Ministro Bacqué

*La Constitución Nacional asegura a todos los habitantes de la Nación el derecho a elegir su proyecto personal de vida, siempre que ello no perjudique a terceros ni ofenda a la moral pública.*

*La Constitución Nacional consagra un sistema de la libertad personal cuyo centro es el art. 19, que va más allá de garantizar la mera privacidad. En este sistema de libertades concluyen una serie de derechos expresamente enumerados en los arts. 14, 14 bis, 16, 17,*

---

<sup>3</sup> Cf. Manuel A. Montes de Oca. Lecciones de Derecho Constitucional. Buenos Aires, Imprenta La Buenos Aires. 1896. p. 537.

18, 20 y 32, y otros no enumerados, que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33). Estos derechos están asegurados a todos los habitantes de la Nación conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las cuales, no obstante, no podrían alterarlos (art. 28).

**Es inconstitucional el art. 64 de la ley 2393 y sus concordantes porque impide la libre elección de un proyecto de vida e invade así el ámbito de privacidad, conculcando la garantía establecida en el art. 19 de la Constitución Nacional.** <sup>4</sup>

Las dificultades para la definición jurídica de una 'familia' fue puesta en evidencia en el caso **Village of Belle Terre de 1974.**

**Caso Village of Belle Terre vs. Boraas 416 U.S. 1 (1974),**

debatido los días 19 y 20 de febrero de 1974, decidido el 1 de abril de 1974 por voto de 7 a 2; Douglas para la Corte, Brennan y Marshall en disenso. Los demandados tenían una casa en la pequeña aldea de Belle Terre, dentro de Long Island, Nueva York. La alquilaron a seis estudiantes no emparentados entre sí y fueron subsiguientemente citados por violar una ordenanza zonal que limitaba la ocupación de una residencia familiar, a una familia o a grupos donde no hubiera más de dos personas no emparentadas. Excluidos de esta ordenanza quedaban las fraternidades, albergues, pensiones y las residencias múltiples.

Los dueños de la casa más tres de los inquilinos iniciando una acción judicial desafiando la ordenanza. Entre sus reclamos estaba el argumento de que la ordenanza violaba su derecho constitucional de la privacidad. La Corte rechazó ese argumento y sostuvo la ordenanza, diciendo que toleraba una relación racional a un objetivo estatal permisible. "Un lugar tranquilo donde los patios son extensos, donde hay poca gente y los vehículos de motor están restringidos, son pautas legítimas en un proyecto del uso de la tierra dirigido a las necesidades de una familia", escribió el ministro William O. Douglas. "El poder policial no está confinado a la eliminación de lugares sucios, malolientes e insalubres" (p. 9).

El ministro Thurgood Marshall disintió sobre las bases de que la ordenanza limitaba innecesariamente la libertad de asociación de la primera enmienda y el derecho constitucional de la privacidad de los demandados. Marshall argumentó que debido a esa violación de los derechos fundamentales, una mera evaluación básica y racional no era suficiente para sostener la ordenanza. En vez, argumentó que la ordenanza podía "resistir al escrutinio constitucional sólo si mostraba claramente que el límite impuesto era necesario para proteger un apremiante y sustancial interés gubernamental" (p. 18).

---

<sup>4</sup>sentencia del 27 de Noviembre de 1986

*El JUSTICE DOUGLAS expreso la opinión de la Corte.*

*Belle Terre es una aldea en la costa Norte de Long Island de aproximadamente 220 casas habitadas por 700 personas. Su superficie total es menos que una milla cuadrada. Tiene un uso restringido de la tierra solamente para viviendas de una familia única, excluyendo hosterías, pensiones, fraternidades y casas de viviendas múltiples. .. Los regímenes de pensiones, fraternidades y similares causan problemas urbanos. Más personas ocupan un espacio determinado, más automóviles son estacionados, el ruido viaja con las muchedumbres..*

*Un lugar calmo donde los terrenos son amplios, el agente poca y los vehículos restringidos son guías legítimas en un proyecto de administración del territorio dirigido a las necesidades de familias. Este objetivo es permitido.. el poder de policía no esta confinado a la eliminación de la basura, el mal olor y a los lugares insalubres. Es amplio para marcar zonas donde los valores familiares, los valores de la juventud y las bendiciones de una reclusión calma y el aire limpio hagan al área un santuario para las personas.*

*La sugestión que la cuestión fuera abstracta no debe detenernos. Una ordenanza de zonas de construcción generalmente tiene un impacto sobre el valor de la propiedad que regula. Pero a pesar del hecho que el impacto preciso de la ordenanza no fuera conocido la Corte [en el pasado] ha sostenido la ordenanza. Aquí estamos más cerca de determinar el impacto de la ordenanza en el valor de la propiedad del locador. El ha perdido no solamente seis inquilinos y adquirido solamente dos en su lugar y es obvio que la escala de los valores de la locación esta en relación con lo que decidamos hoy..*

*Como es cierto en la mayor parte de los casos de zonas de construcción, el impacto preciso en el valor puede en el umbral del litigio sobre la validez no ser todavía conocido.*

En la última parte Douglas da un análisis económico interesante cuando señala que la reglamentación administrativa limitativa aumenta el valor de la propiedad no la disminuye. Esta sería una de las razones para permitir la determinación de la eficiencia y eventualmente de la constitucionalidad de la reglamentación por zona de construcción. Es estrictamente el caso contrario de Lucas vs. North Carolina.

### ***El control informado sobre el propio cuerpo.***

Se planteó el caso de las transfusiones de sangre en el caso **Bahamondez**. Se trataba del caso de quién por razones religiosas se había negado a recibir una transfusión sanguínea. El caso planteaba el control informado del enfermo sobre su propio cuerpo.

### **Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar.**

*La recta interpretación del art. 19 de la ley 17.132, que dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán "respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse" aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente.*

*El art. 19 de la Constitución Nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio, ordenando la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva a la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por curvar los límites de esa prerrogativa.*<sup>5</sup>

La determinación de la continuación de un tratamiento médico es, por lo tanto una acción privada que cuenta con la protección constitucional.

### **La determinación de los riesgos laborales. El caso United Auto Workers v. Johnson Controls 111 S.Ct. 1196 (1991).**

El caso **Johnson Controls** trata sobre la discriminación de mujeres en el empleo en razón de la protección del feto por riesgo de saturnismo. La empresa Johnson Controls fabricaba acumuladores para automóviles y solo permitía la incorporación de mujeres en esa sección si hubieran superado la edad fértil o se realizaban una operación que les impidiera tener hijos. Se trataba de puestos de trabajo mucho mejor pagos que los trabajos de secretaria que realizaban habitualmente las mujeres en la empresa. La empresa había asumido una política voluntaria de protección de los fetos en el caso de embarazo de sus empleadas. Como la empresa no podía controlar que empleada quedaba embarazada la solución era excluir de la actividad industrial a todas las mujeres en edad fértil, a menos que se sometieran a una esterilización. En este caso la emoción que produce la decisión para obtener mejores salarios puede reducir la racionalidad, ya que mujeres llegaban a operarse para impedir quedar embarazadas para poder trabajar en esa sección. La economía de la emoción, algunas mujeres aceptaron la esterilización porque los puestos de trabajo con salarios elevados eran difíciles de obtener para personas de su condición.<sup>6</sup> La situación también planteaba una cuestión de los límites del contrato social, ¿podía el empleador, o la administración, determinar que riesgos podía afrontar una mujer y cuales no?

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia sentencia del 6 de Abril de 1993

<sup>6</sup> Para un análisis de este caso y de la economía de la emoción, ver Drucilla Cornell, *At the Heart of Freedom*. Princeton University Press 1998.p.77..

El caso fue tratado por la Corte Suprema que reconoció que no era la función del gobierno corregir la decisión de una mujer sobre los riesgos que podía asumir si prefería permanecer en un empleo que la sometía a una alta contaminación por plomo. El Juez Blackmun, expresando la opinión de la Corte dijo:

*La preocupación por los hijos existentes o potenciales de una mujer han sido la excusa para negarles a las mujeres la igualdad de oportunidades. No es más apropiado para los tribunales que para los empleadores individuales decidir si la función reproductora de una mujer es más importante para ella y para su familia que su función económica.*

### **La inviolabilidad del domicilio.**

#### **El caso Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)**

Siete funcionarios policiales ingresaron y registraron la casa de Dolly Mapp en Cleveland, Ohio. La policía dijo que tenían una orden judicial pero nunca la mostraron. Dijeron que un informante les había indicado que una persona buscada por una bomba estaba escondida en la casa. En la realidad, la policía no encontró nada durante esa extensa búsqueda. En lugar de ello encontraron libros supuestamente obscenos y Mapp fue condenada por la posesión ilegal de literatura obscena y encarcelada.

La Corte en la sentencia del Juez Clark dijo,  
*“Toda evidencia obtenida en registros y búsquedas en violación de la Constitución es inadmisibile en un juicio criminal en un tribunal estadual..*

*La protección constitucional se aplica a todas las invasiones de parte del gobierno y de sus empleados a la santidad de la casa de un hombre y a las privacidades de su vida. No es la rotura de sus puertas, ni la búsqueda de sus cajones lo que constituye la esencia de esta ofensa, sino es la invasión al inalienable derecho a la seguridad personal, a la libertad personal, y a la propiedad privada. Ingresar con fractura en una casa y abrir cajas y cajones son circunstancias agravantes, pero cualquier extracción forzosa y obligatoria de un testimonio o de papeles privados para ser utilizados como evidencia para condenarlo por la comisión de un delito o para privarlo de sus bienes, está dentro de esta condena...*

*Como el Juez Brandeis lo dijera en su disenso en Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 485 (1928): “Nuestro gobierno es un maestro potente y omnipresente. Para bien o para mal, enseña a todo un pueblo con su ejemplo. **Si el gobierno se transforma en un delincuente, desarrolla el desprecio por la ley, invita a cada persona a tomar la ley para sí mismo, e invita a la anarquía”.***

### **El derecho a no incriminarse.**

La garantía constitucional señala que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. **¿Es esto un derecho a mentir?** O simplemente el derecho a negarse a declarar cuando existe el riesgo de inculparse. Sin duda **la diferencia pone un alto costo al procesamiento de quienes cometieron delitos y crea una base de inseguridad en la sociedad.** Si además se permite mentir en los casos no penales, se aumenta los costos de transacción de la solución de conflictos. Si en la **prueba confesional en un juicio civil se puede mentir, esto incentiva los juegos oportunistas de las partes.** Por lo tanto un análisis económico del derecho señala la preferencia de una interpretación estricta de la garantía constitucional. Interpretación que asegure la garantía de no inculparse y al mismo tiempo no aumente los costos de la lucha contra el delito y de la solución rápida y justa de las controversias.

¿Que ocurre con las confesiones forzadas?

### **El caso Miranda vs. Arizona. 384 U.S. 436 (1966)**

*En cada uno de estos casos, dijo la Corte, el acusado, mientras se encontraba bajo la custodia policial fue interrogado por los funcionarios policiales, detectives, o el fiscal en un cuarto en el cual fue aislado del mundo exterior. A ninguno de los acusados le fue dado un aviso pleno y efectivo de sus derechos al inicio del proceso interrogatorio..*

*La atmósfera y el ambiente del interrogatorio incomunicado, de la manera que existe hoy es intrínsecamente intimidatorio y obra para minar el privilegio contra la no inculcación. A menos que medidas preventivas adecuadas sean tomadas para eliminar la coerción inherente en las circunstancias de la custodia, ninguna declaración obtenida del acusado puede ser verdaderamente el producto de su libre voluntad.*

*El privilegio contra la auto inculcación, que ha tenido un largo y expansivo desarrollo histórico, es el fundamento esencial de nuestro sistema adversarial y garantiza al individuo el “derecho a permanecer callado a menos que prefiera hablar en el ejercicio libre de su voluntad”, durante el periodo de interrogatorio bajo custodia.*

*En la ausencia de otras medidas efectivas los siguientes procedimientos para salvaguardar el privilegio de la Quinta enmienda deben ser observados: La persona bajo custodia, previo al interrogatorio, debe ser informado claramente que tiene el derecho a permanecer callado, y cualquier cosa que diga será utilizada en su contra en los tribunales, debe ser informado claramente que tiene el derecho a consultar con un abogado y tener un abogado a su lado durante el interrogatorio, y si es indigente, un abogado será designado para representarlo...*

*Si el individuo, antes o durante el interrogatorio, indica que desea permanecer en silencio, las preguntas deben cesar, si señala que quiere un abogado, el interrogatorio debe cesar hasta que un abogado se haga presente...*

*Cuando el interrogatorio sea efectuado sin la presencia de un abogado y una declaración es tomada, una pesada carga recaerá sobre el gobierno para demostrar que el acusado consciente e inteligentemente renunció al derecho a asistencia letrada...*

### **Del disenso del los jueces Potter Stewart y Byron White**

*Sin suscribir en absoluto a la descripción generalmente negativa que la Corte pinta de la conducta policial, creo que debe reconocerse francamente desde el inicio que el interrogatorio policial permisible bajo los precedentes del debido proceso puede en sí mismo permitir alguna presión sobre el acusado y buscar alguna ventaja de su ignorancia o debilidad. La atmósfera y las técnicas del interrogatorio, correcto y justo como debe ser, pueden en sí mismas ejercer una presión en el sospechoso para que confiese, y en este sentido “hablar de alguna confesión de un crimen hecha luego del arresto como ‘voluntaria’ o ‘sin presión’ es de alguna manera inexacta, aunque tradicional. Una confesión es completa e incontestablemente voluntaria solamente si una persona culpable se entrega a la justicia y se transforma en su propio acusador.” Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143, 161 (Jackson, J., en disenso)...*

*Nada en la letra o el espíritu de la Constitución o en los precedentes coincide con la acción autoritaria y parcial que tan precipitadamente toma la Corte en el nombre del cumplimiento de las responsabilidades constitucionales. El asalto que la Corte realiza hoy nos recuerda las sabias y visionarias palabras del Juez Jackson en Douglas v. Jeannette, 319 U.S. 157, 181: “Esta Corte agrega permanentemente nuevos pisos a los templos del derecho constitucional y los templos colapsan cuando se agrega un piso de más.”*

La Corte Suprema de EEUU revisó en parte Miranda en el caso **Michigan v. Tucker de 1974** y en casos posteriores, donde señaló que las comunicaciones establecidas en Miranda **no eran en sí derechos protegidos por la Constitución sino estándares de prevención diseñados para asegurar el derecho a no incriminarse.**

### **La discriminación y los cupos.**

El problema de la discriminación contra grupos raciales o por sexo es un tema tradicional de las garantías constitucionales. La pregunta es sobre como se impone la discriminación positiva como forma de lograr un equilibrio social. Una solución es establecer cupos por sector, a esta alternativa se refirió la Corte en él

### **Caso Regents of the University of California vs. Bakke**

438 U.S. 265 (1978), debatido el 12 de octubre de 1977, decidido el 28 de junio de 1978 por voto de 5 a 4; Powell para la Corte, Brennan, White, Marshall y Blackmun concordando en parte y en disenso en parte, Stevens, Burger, Stewart y Rehnquist concordando en parte y en disenso en parte. Bakke quería ser físico. La Facultad de Medicina



de la Universidad de California en Davis buscaba una diversidad racial y étnica mayor en su cuerpo estudiantil. El conflicto entre ambas metas produjo la primera y la mayor evaluación constitucional de la acción afirmativa. También posicionó un enigma obstinado: cómo sobreponerse de la tensión entre el reclamo de un individuo a un estado por igual trato, y la responsabilidad de un estado para fomentar cierto grado de igualdad entre sus ciudadanos.

Bakke era uno de los 2664 aspirantes para un centenar de posiciones en la facultad de medicina de Davis en 1972. 84 vacantes fueron cubiertas a través del programa regular de admisiones; 16 fueron cubiertas a través de un programa especial de admisiones - un proceso distinto y separado establecido en 1970 para enfatizar la preocupación de la facultad sobre la escasez de alumnos afro-americanos, asiáticos, latinos y americanos nativos. El promedio de notas y los requerimientos de puntaje de la evaluación estándar no eran tan estrictos como los que tenían que tener los estudiantes admitidos bajo el programa regular.

Rechazado 2 veces por la universidad, Bakke hizo una demanda alegando que el programa Davis violaba el título VI de la ley de derechos civiles de 1964, prohibiendo preferencias raciales o étnicas en programas sustentados por fondos federales, y que la práctica de la universidad de reservar posiciones para las minorías le negaban a él igual protección de la ley bajo la catorceava enmienda.

La universidad concordó que las clasificaciones raciales son desfavorables porque las características raciales son generalmente irrelevantes para objetivos estatales permisibles. Sin embargo, la promesa meritocrática de no discriminación fue compensada por la igualmente apremiante preocupación del estado por las víctimas del pasado y la continua injusticia racial. La universidad también expresó los beneficios prácticos del programa: educación médica enriquecida a través de un cuerpo estudiantil diverso, modelos de rol exitosos para la juventud minoritaria, y servicios médicos mejorados para las comunidades minoritarias.

Tanto la Corte de juicio estatal y la suprema Corte reglamentaron que las preferencias raciales exclusionistas constituían una cuota y que esas cuotas, ausentes para encontrar previa discriminación por la universidad en sí misma, eran una negación de la igualdad de protección.

La Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que una universidad puede considerar un criterio racial como parte de un proceso competitivo de admisiones si las “cuotas fijas” no se utilizaban. Pero sostener eso mostró una muy dividida Corte, con 6 opiniones divididas. 4 ministros (John Paul Stevens, Warren Burger, Potter Stewart y William Rehnquist) prefirieron dirigirse a la ley en vez de

dirigirse al tema constitucional. El “significado liso y llano” del título VI y su “amplia prohibición en contra de la exclusión de cualquier individuo” (p. 412-413) sobre bases raciales de un programa de fondos públicos era base suficiente, en su juicio para ordenar la admisión de Bakke.

Un segundo grupo (William J. Brennan, Thurgood Marshall, Byron White y Harry Blackmun) no vieron diferencia entre los comandos de la cláusula de la igualdad de protección y el título VI. Ausente un efecto o intento estigmatizado, una “presunción de que una raza es inferior a otra” o que “el peso del gobierno detrás del odio y la separación racial” (p. 357-358), no había razón para alentar la evaluación más estricta de igualdad de protección. Sin embargo, la evaluación de “mera racionalidad” expropiación (takings)da en casos que no afectan los derechos fundamentales o clasificaciones sospechosas era demasiado fácil. En vez, Brennan optó por la evaluación media de elevado análisis. En la medida en que el estado pueda demostrar un propósito importante y los medios no limiten “aquellos menos representados en el proceso político” (p. 361), los remedios de conciencia racial para ayudar a los miembros de grupos que sufrieron injurias motivadas en lo racial eran constitucionales.

El ministro Louis Powell tuvo el voto decisivo plegándose a la pluralidad de Stevens en la ilegalidad de la cuota racial y ordenando que Bakke fuera admitido, mientras que concordó con la pluralidad de Brennan en la permisibilidad de las consideraciones raciales en las admisiones. El factor decisivo para Powell fue la naturaleza excluyente del programa Davis. Desde que Bakke fue “totalmente eliminado” (p. 305) para competir por las 16 posiciones especiales, le fue negada la igualdad de protección. Las cuotas raciales están permitidas sólo cuando hubo una violación constitucional o legal en el pasado identificada por un cuerpo gubernamental adecuadamente autorizado. Powell encontró justificación para menos programas de acción afirmativa excluyente en la garantía de libertad académica de la primera enmienda. En un proceso verdaderamente competitivo, las consideraciones raciales podrían ser tenidas en cuenta como parte del interés de la universidad de promover un “cuerpo estudiantil diverso” (p. 312).

A pesar de las predicciones de que la decisión podía conllevar a un efecto escalofriante en las admisiones minoritarias para escuelas de graduados y profesionales, tuvo un pequeño impacto. En vez de proveer una respuesta definitiva sobre la acción afirmativa, Bakke soslayó una respuesta a la pregunta, estableciendo sólo el tema más estrecho de las cuotas raciales en las admisiones a las escuelas estatales con fondos y dejando los últimos casos para evaluar la propiedad de la acción afirmativa en otros dominios. Por ejemplo, **en Adarand Constructors Inc. vs Peña (1995)** los ministros sostuvieron que los programas de acción afirmativa federal, como los programas

de acción afirmativa estatales, deberían tener un “estricto análisis” para ser constitucionales. Los ministros también dejaron vigente en 1997 una decisión por un tribunal federal en California que sostenía la constitucionalidad de la Proposición 209 de la aprobación del votante, que prohíbe la acción afirmativa basada en la raza o género en ese empleo estatal, la educación, y la contratación pública. Al mismo tiempo, una coalición de grupos de derechos civiles se unió al cuerpo escolar en Piscataway, Nueva Jersey, para pagar los daños causados a un maestro blanco que había sido expulsado sobre las bases de que era necesario mantener un maestro de color igualmente calificado en el staff para propósitos de diversidad racial y mantener las metas de la acción afirmativa. Los grupos de derechos civiles pensaron que si los ministros hubieran considerado este caso, se habrían decidido casi con seguridad en contra del cuerpo de la escuela y por ende, en contra del concepto de la acción afirmativa voluntaria. Como resultado, el concepto de acción afirmativa, especialmente la acción afirmativa voluntaria, permanece bajo una sustancial presión constitucional y política.

## **Capítulo**

### **La Libertad de Expresión.**

La economía es la ciencia de las consecuencias del comportamiento humano y una de las maneras de conocer las consecuencias del derecho constitucional es utilizar la interpretación económica de ese derecho. En la libertad de expresión supone tener una visión instrumental de esa libertad que es valiosa en cuanto cumple con ciertos objetivos como la estabilidad política, la prosperidad económica y la felicidad personal.<sup>7</sup> Esta visión no excluye otras pero muestra perspectivas que no pueden ser ignoradas. Esto incluye que la libertad de expresión está en función de la utilidad personal de los individuos, es decir, a las personas les gusta expresar sus opiniones y, a veces, conocer las de los demás.

#### **El mercado de ideas.**

Tres preguntas.

1. El límite entre discurso político y discurso comercial. La peligrosidad del monopolio en política mayor que en el mercado.
2. Los límites de gastos en las campañas políticas.
3. Los límites de la libertad de expresión. Las calumnias y la pornografía.

El consumo por una persona disminuye el de otra son rivales. En el caso de la libertad de expresión no son rivales, si una persona utiliza una idea queda sin límites para las demás.

Una externalidad es una transferencia de valor sin pago. Generalmente son negativas. En el caso de la expresión de ideas las externalidades son positivas. Las cantidades de discurso beneficioso son siempre insuficientes. De allí la protección de la libertad de expresión.

Las características económicas de la libertad de expresión fueron señaladas por Alberdi.

*La libertad de publicar por la prensa importa esencialmente a la producción económica, ya se considere como medio de ejercer la industria literaria o intelectual, o bien como garantía tutelar de todas las garantías y libertades, tanto económicas como políticas. La experiencia acredita que nunca es abundante la producción de la riqueza, en donde no hay libertad de delatar y de combatir por la prensa los errores y abusos que embarazan la industria; y, sobre todo, de dar a luz todas las verdades con que las ciencias físicas y exactas contribuyen a extender y perfeccionar los medios de producción.<sup>8</sup>*

---

<sup>7</sup> Richard Posner. *Frontiers of legal theory*. Harvard University Press. 2001. p. 62.

<sup>8</sup> Sistema Económico y Rentístico. *Luz del Día*. 1954.

## **El libre mercado de ideas.**

Es eficiente porque el que expresa una idea buena es reconocido, esta ventaja se disipa con el tiempo en la medida que la idea se disemina. La libertad de expresión promueve una competencia vigorosa que estimula la innovación y la diseminación de ideas.

Es difícil los mercados suponen derechos de propiedad. Pero la propiedad sobre las ideas es difícil de palicar. De allí el copyright y los derechos de patentes. Es una situación parecida al monopolio que puede dar grandes beneficios. La restricción es legítima sin embargo porque aumenta la oferta de ideas.

Al institucionalizar la competencia la democracia hace los cargos públicos inseguros. Los políticos y funcionarios buscan seguridad a través del control de la información. La garantía de libertad de expresión impide a los funcionarios públicos de reducir la competencia política por la restricción de la expresión. De allí que se transfiera la Constitución transfiera la decisión de los órganos políticos a los jueces. El derecho constitucional a la libertad de expresión aumenta la efectividad de la competencia entre los candidatos políticos.

Externalidades benéficas y competencia política. Pero en el caso de conflicto con otros derechos. Implementar un derecho constitucional requiere un equilibrio. El aumento de protección a la libertad de expresión supone la limitación de otras libertades.

**Una regla económica de determinación. Para un tipo particular de discurso, la protección constitucional debe aumentar en la medida que aumenten dos variables.**

(i) **sus externalidades benéficas.**

(ii) **el poder de monopolio creado por la reglamentación.**

***Los límites de la libertad de expresión.***

**El caso *Schenck vs. United States* 249 U.S. 47 (1919), la doctrina del *clear and present danger*.**

La visión instrumental de la libertad de expresión tuvo su aplicación en este caso.

debatido los días 9 y 10 de enero de 1919, decidido el 3 de marzo de 1919 por voto de 9 a 0; Holmes para la Corte. Diferencias de opinión concernientes a la participación americana en la Primer Guerra Mundial dispusieron la oportunidad para la consideración inicial de la Corte Suprema del caso de libertad de expresión de la primera enmienda basado en la ley federal. El tema era si Charles Schenck y otros miembros del partido socialista habían violado la ley de espionaje de 1917 que prohibía la obstrucción del reclutamiento militar.

Schenck, que se desempeñaba como el secretario general del partido socialista, dirigió la impresión de 15 mil circulares que serían enviadas por correo a los hombres de Filadelfia que se encontraban en el medio del proceso de conscripción. Los panfletos argumentaban que los conscriptos eran víctimas de la intimidación de los fanáticos de guerra y que los hombres jóvenes deberían afirmar sus derechos individuales en oposición a la guerra en Europa. Los panfletos urgían a que el agente visitara la sede del partido socialista para firmar una petición anti conscripción para el Congreso.

Muchas cartas se quejaban con los inspectores postales de Filadelfia, y el 27 de agosto de 1917 los agentes federales buscaron las oficinas socialistas, secuestraron archivos y el libro del partido y arrestaron a Schenck. El acusado se declaró “inocente” en un juicio ante el juez J. Whitaker Thompson en el distrito de la Corte de Estados Unidos para el distrito este de Pennsylvania.

Luego de la condena de Schenck del 20 de diciembre de 1917, apeló a la Suprema Corte, cuestionando la constitucionalidad de la ley de espionaje con bases en la primera enmienda. Argumentó que la ley prevenía a toda discusión pública del tema de la guerra. Los abogados de Schenck concordaron en que la ley estaba fuera de lugar con la tradición legal angloamericana, que desde su punto de vista distinguía entre discurso que comunicaba una opinión honesta y discurso con incitación a la acción ilegal. Los abogados para el gobierno concordaron en que el caso no tenía que ver con la primera enmienda pero sí con el diseño de la política congresista, una cuestión que la Corte estableció a favor de los Estados Unidos en 1918. Así, la Corte Suprema debería rehusarse a considerar el caso.

En la apelación de Schenck la Corte reglamentó unánimemente sostener la ley de espionaje. En su opinión el ministro Oliver Wendell Holmes expresó lo que se convertiría en su famosa expresión sobre el **peligro claro y presente** (*Clear and present danger*) para determinar los límites de la protección de la primera enmienda del discurso político. El análisis de Holmes consideró el contexto del discurso así como la intención de las personas que enviaron los panfletos. **“La cuestión en cada caso es si las palabras utilizadas se usan en tales circunstancias y tienen esa naturaleza de crear un peligro claro y actual que traerá los males sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir”** (p. 52). Holmes distinguió los contextos de paz y de guerra y concluyó que las palabras de Schenck constituían un mal ya que la ley aplicaba para conspiraciones así como obstrucción presente de lo militar. Bajo la ley la acción no tenía que ser exitosa para violar la ley. Su análisis no explicó, sin embargo, porqué el Congreso podía prohibir una conspiración de palabras en primer lugar.

En la opinión de Holmes se sostiene que en tiempos habituales la opinión del Partido Socialista hubiera tenido un derecho basado en la Primera enmienda para distribuir sus panfletos. *“Pero el carácter de cada acto depende en las circunstancias en que es realizado. La más estricta protección de la libertad de expresión podría proteger a un hombre que falsamente **gritara fuego en un teatro** y causara pánico.”* Con una Nación en guerra el Congreso tenía el legítimo y urgente interés de prevenir que el reclutamiento de soldados fuera obstruido y la conducta de Schenck tenía tanto la intención como la tendencia de obstruir ese reclutamiento. La prueba propuesta por Holmes de peligro claro e actual requiere que la probabilidad sea elevada, aunque no tan evidente como en un teatro lleno de gente en el que se grita falsamente ¡fuego! El daño, también, debe ser inminente. Cuanto mayor es la probabilidad que ocurra, mayor es el daño esperado y por lo tanto mayor la justificación de prevenir el discurso que crea el peligro. La probabilidad es mayor cuanto más claro, es decir más cierto, y más inmediato es el daño. Podemos agregar la **magnitud** del daño como dato relevante.

La inmediatez del daño trae una importancia adicional tal cual se demuestra en el daño traído por el grito de “¡fuego!” en un teatro lleno. Cuanto más inmediato es el daño es menos posible confiar en la **competencia entre distintos oradores** y otras formas de información para prevenir el daño. Existe una **falla de mercado** cuando el discurso peligroso ocurre en circunstancias en que no es posible un contra discurso, una forma de competencia que protege los intereses de la audiencia de la misma manera que la competencia en los mercados protege a los consumidores. De esta manera como dice Sunstein sin una muestra de probable, inmediato y grave daño el gobierno no puede reglamentar el discurso político.<sup>9</sup>

Holmes utilizó la metáfora del mercado para expresar la idea de la libertad de expresión en una disidencia escrita meses después de este caso. Dijo que una idea es verdadera solamente si prevalece sobre otras ideas en el mercado de ideas.<sup>10</sup> Por lo tanto, el gobierno restringe el conocimiento de la verdad si suprime la competencia de ideas.

El escepticismo de Holmes en estos casos no era que la verdad no fuera indeterminable, sino que era determinada a través de la competencia y por lo tanto requiere de la libertad de expresión y es eliminada por la censura. Posner establece como corolario de esta idea que, cuando la determinación de la verdad no requiere de un proceso competitivo, como es el caso de la propaganda y de las calumnias, la

---

<sup>9</sup> Cass Sunstein. Democracy and the problem of free speech. 1993. p. 122.

<sup>10</sup> Abrams v. United States, 250 US 616, la idea original es de Charles Sanders Peirce el fundador del pragmatismo. Por supuesto la extensión del concepto de verdad es relativa, ya que toda verdad es siempre aproximada.

argumentación a favor de las limitaciones a la libertad de expresión son mucho más fuertes.<sup>11</sup>

### **Gitlow vs. New York 268 U.S. 652 (1925),**

debatido el 12 de abril de 1923, re debatido el 23 de noviembre de 1923, decidido el 8 de junio de 1925 por voto de 7 a 2; Sanford para la Corte, Holmes y Brandeis en disenso. El punto de inflexión del caso Gitlow marca el comienzo de la “incorporación” de la primera enmienda como una limitación en los estados. Este proceso, que continuó selectivamente los siguientes 50 años, resultó en grandes cambios en la ley moderna de libertades civiles, brindándole a los ciudadanos un remedio federal si los estados les privaban de sus derechos fundamentales. Irónicamente, sin embargo, la Corte rechazó el reclamo de libertad de expresión de Gitlow. En esa época el significado de la reglamentación era doctrinario.

Benjamin Gitlow era miembro de la sección del ala izquierda del partido socialista. Fue condenado por violar la ley de anarquía criminal de Nueva York de 1902, que consideraba un crimen abogar por un violento derrocamiento del gobierno. Específicamente, había sido arrestado durante el Red Scare de 1920 por escribir, publicar y distribuir 16 mil copias de un panfleto llamado Manifiesto del ala izquierda, que urgía por el establecimiento del socialismo a través de huelgas y “acción de clases... en cualquier forma”. También fue condenado por ser una “persona maligna y perniciosa” con una “disposición retorcida y turbulenta”, que trató de “excitar el descontento y el resentimiento”. En su juicio, el afamado abogado Clarence Darrow buscó enmarcar el tema como libertad de expresión sobre las bases de que el Manifiesto del ala izquierda no abogaba nada más que el impulso hacia la doctrina abstracta. La Corte de Nueva York, sin embargo, reglamentó que los comunistas debían ser responsables por el peligro potencial de sus conceptos abstractos y sostuvo la condena.

La Corte Suprema usó este caso para examinar el concepto de que las protecciones de expresión y prensa de la primera enmienda deberían ser extendidas a los estados. El reporte Gitlow, preparado por el brillante abogado de ACLU <sup>12</sup> Walter H. Pollak, argumentó persuasivamente que la libertad de expresión era un derecho a ser protegido en contra de la censura del estado. Esto fue establecido por la determinación autoritaria del significado de libertad como se utilizó en la catorceava enmienda y por declaraciones implícitas con respecto al derecho relacionado de libertad de asamblea. La Corte estaba impresionada. El ministro Edward T. Sanford, hablando por la mayoría, concordó que “para propósitos presentes, podemos y

---

<sup>11</sup> Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*. Harvard University Press. 2001. p. 86.

<sup>12</sup> La American Civil Liberties Union.



asumimos que la libertad de expresión y de prensa... están entre los derechos personales fundamentales y libertades protegidos por la cláusula del debido proceso de la catorceava enmienda en detrimento de los estados” (p. 666). A pesar de todo sostuvo la ley de Nueva York y la condena de Gitlow. “Un estado puede castigar expresiones que hagan peligrar las fundaciones del gobierno organizado y que atemoricen con su derrocamiento por medios no legales”, escribió Sanford (p. 667). El panfleto de Gitlow, mientras que no incitaba inmediatamente la acción criminal, podía ser visto como un “destello revolucionario” que podía convertirse en el tiempo en “un fuego arrasador y destructivo” (p. 669).

El ministro Oliver Wendell Holmes escribió un famoso disenso con el que el ministro Louis D. Brandeis concordó. No estaba de acuerdo con la reglamentación de la mayoría de que las palabras separadas de la acción podían ser castigadas. Holmes declaró, “la única diferencia entre la expresión de una opinión y una incitación en el más estrecho sentido es el entusiasmo del que habla por el resultado. La elocuencia puede prender el fuego a la razón. Pero cualquier cosa que pueda ser pensada del discurso redundante ante nosotros, no tenía oportunidad de empezar con el fuego” (p. 673). Esta visión, que reclamó el castigo de acción, no de expresión, bajo la clara y actual doctrina del peligro, fue aceptada por la Corte Suprema en la década de 1960.

La decisión Gitlow inició la “incorporación” de la primera enmienda. No fue hasta *Stromberg vs. California* (1931), sin embargo, que la Corte reglamentó una ley estatal de inconstitucional sobre bases de libertad de expresión de la primera enmienda.

### **Whitney vs. California 274 U.S. 357 (1927).**

Argumentado el 18 de marzo de 1926, decidido el 26 de mayo de 1927 por voto de 9 a 0; Sanford para la Corte, Brandeis y Holmes concordando. En 1919, California aprobó una ley de sindicalismo criminal designada para restringir las actividades de Industrial Workers of the World (IWW), un sindicato activista en los campos agricultores y forestales del estado. La ley prohibía defender cambios en el sistema de la propiedad industrial o control político.

La primera acusación significativa bajo la ley incluía a Charlotte Anita Whitney, activista social y miembro prominente del partido socialista. A fines de 1919 las autoridades la arrestaron por participar en una convención del partido comunista laborista en noviembre, una organización de la que recientemente había renunciado. En el juicio de Whitney, la acusación introdujo considerable literatura de IWW con la intención de ligar la organización al partido comunista laborista, que generalmente había endosado objetivos de IWW. Whitney no negó su corta membresía al partido comunista laborista, y el jurado

solamente la condenó por eso - un ejemplo clásico de culpa por asociación.

Subsiguientemente, la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo unánimemente la ley California sobre la base del poder estatal de proteger al público de la acción política violenta. Sin embargo, en su concordancia, el ministro Wendell Holmes refutó que los abogados de Whitney deberían haber argumentado por una evaluación de peligro actual y claro para distinguir entre membresía y acción peligrosa. Razonaron que la protección de la libertad de la cláusula de debido proceso de la decimocuarta enmienda se relacionaba con la primera enmienda para proteger la libertad de asamblea contra la regulación estatal.

La concordancia de Brandeis se convirtió en un paso importante en la eventual aceptación por parte de la Corte de la evaluación de peligro actual y claro (*clear and present danger*). En **Brandenburg vs. Ohio (1969)** la Suprema Corte desestimó Whitney, pero una versión modificada de la ley permanece vigente.

### **Los personalidades públicas, el requisito de la real malicia. El caso New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)**

*El demandado un funcionario electo en Montgomery, Alabama, presentó una querrela en un tribunal local alegando que había sido calumniado (libeled) por un aviso en el diario de la sociedad recurrente, cuyo texto aparecía sobre los nombres de cuatro individuos recurrentes y muchos otros. El aviso incluía declaraciones, algunas de las cuales eran falsas, sobre la acción policial aparentemente dirigida contra los estudiantes que participaban en el movimiento de derechos civiles, el demandado atacó las declaraciones referidas a él porque sus funciones incluyen la supervisión del departamento de policía. El juez interviniente instruyó al jurado que esas declaraciones eran “calumniosas de por sí”, el agravio legal estaba implícito sin prueba de los daños efectivos y que con el objetivo de determinar la compensación de los daños la malicia se presumía, de tal manera que esa compensación podía ser concedida contra los recurrentes si las declaraciones habían sido publicados por ellos y eran relacionados al demandado. En cuanto a las indemnizaciones punitivas (punitive damages), el juez instruyó que la mera negligencia no era evidencia de la actual malicia (actual malice)<sup>13</sup> y no justificaría la concesión de indemnización punitiva, se negó a instruir que la intención actual de dañar o de imprudencia debía ser demostrada antes que las compensaciones punitivas pudieran ser concedidas, o que el veredicto para el demandado pudiera diferenciar*

---

<sup>13</sup> En los precedentes de la Corte Suprema argentina el término “actual malice” se tradujo como “real malicia”

*entre indemnización por compensación y por punición. El jurado dio la razón al demandado y la Corte Suprema del Estado confirmó.*

*La Corte sostuvo (held),*

*Un Estado no puede bajo la primera o décimo cuarta enmienda conceder indemnización a un funcionario público por falsedad calumniosa referida a su conducta oficial a menos que pruebe la “malicia actual” que la comunicación fuera realizada con conocimiento de su falsedad o con una negligente (reckless) desconsideración sobre si era verdadera o falsa. P. 265.*

*..(b) la expresión no pierde su protección constitucional a la cual tiene por otra parte derecho, porque aparece en forma de un aviso pagado. P. 265.*

*(c) El error de hecho, el contenido difamatorio de la reputación del funcionario, o ambos son insuficientes para conceder indemnización por declaraciones falsas a menos que exista “actual malicia”, el conocimiento que las declaraciones son falsas o en una desconsideración negligente de la verdad, que sea alegada y probada. P. 279.*

*(d) el fallo del tribunal local dio un veredicto que no diferencia entre las indemnizaciones punitivas, sobre las que bajo la ley local la actual malicia debe ser probada, y las indemnizaciones generales sobre las que se “presume” su existencia, esto precluye cualquier determinación sobre la base del veredicto y debe ser revisada cuando la presunción de malicia sea inconsistente con los requerimientos constitucionales. P. 284.*

*(e) la evidencia era constitucionalmente insuficiente para apoyar el fallo en favor del demandado, ya que no logró demostrar que las declaraciones fueron hechas con actual malicia o que se relacionaban con el demandado.*

### **El discurso político.**

El mantenimiento de la competencia democrática y evitar caer en el despotismo requiere del debate político libre y de la amplia diseminación de la información entre los votantes. Cualquier restricción del discurso político limita la democracia al disminuir la competencia política. La democracia requiere de una protección continuada de la expresión frente a los fanáticos que reclaman de privilegios especiales por su conocimiento de la verdad. Conceptos como “tengo el derecho de perseguirlo porque yo tengo la razón y Ud. está equivocado”<sup>14</sup> son más habituales de imaginado en sociedades actuales. El discurso político debe gozar de la más alta protección constitucional en una democracia debido a su necesidad central para la competencia política. El discurso político ha sido llamado un bien

---

<sup>14</sup> Atribuido a Bossuet por Rawls en *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 61. Expresiones similares pueden encontrarse en ideologías más recientes aunque generalmente con un discurso justificatorio diferente.

público doble, porque expresa ideas y constituye la participación en el debate político.<sup>15</sup> Dreze y Sen demuestran que una prensa libre previene las catástrofes alimentarias en los países en desarrollo al publicitar las desastrosas decisiones políticas que las causan.<sup>16</sup> Desde este punto de vista la libertad de expresión es un “bien de mérito” .

### ***El financiamiento de los partidos políticos.***

En una sociedad anónima los accionistas votan en proporción de sus inversiones, pero un gobierno por los más ricos funciona bien en una empresa privada pero mal en los Estados. Si bien pocos ciudadanos abandonarían la democracia por la plutocracia, la dificultad radica en encontrar un límite a la influencia política del dinero. Un medio es la limitación de las donaciones particulares a los candidatos o los partidos, el otro es el de establecer un financiamiento público a las organizaciones políticas.

La reforma de 1994 introdujo la obligación pública de sostenimiento económico de los partidos políticos.

#### *Artículo 38*

*El estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes.*

*Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.*

Existen algunas preguntas sobre el procedimiento de subvención económica a los partidos.

El primero es saber si el mandato constitucional no impone prioritariamente la capacitación de sus dirigentes y militantes y es a ella que deben ir primariamente los fondos públicos. Es por ello que no deberían utilizarse fondos públicos para las campañas electorales. Esto último se transforma también en un subsidio indirecto a los canales de televisión ya que finalmente irán a la propaganda electoral. Ello lleva también a una posible extorsión de los partidos por los medios que no invitarán a sus programas periodísticos a aquellos dirigentes que no compren propaganda electoral por ese medio, aunque esa propaganda sea ineficaz.

La segunda es conocer la dimensión que debe tener el financiamiento público sobre la financiación total de la actividad política, si es una pequeña parte dirigida al entrenamiento de sus militantes o si es la principal fuente de ingresos. En este último caso se transformaría a los partidos en órganos públicos y a sus dirigentes en burócratas.

---

<sup>15</sup> Cf Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, p. 313.

<sup>16</sup> Amartya Sen, *Desarrollo y Libertad*. Planeta 2000. p, 221. Se debe tener en cuenta que los mercados libres de alimentos y la existencia de crédito tienen probablemente una parte igualmente importante a la de la libertad de expresión en suprimir las catástrofes alimentarias.

La tercera es saber la financiación pública se transforma en una **limitación a la militancia política** ya que dirige la actividad de los dirigentes políticos a obtener el subsidio estatal o aún privado. Transforma y los separa del contacto con el afiliado, militante o adherente que debiera ser su fuente primaria de sostén. Quién desea votar por un candidato puede estar también dispuesto a apoyarlo con una contribución económica.

La cuarta es saber si no es un error de enfoque el concentrarse en el subsidio público a la actividad política y no centrarse en la **reglamentación de las donaciones** de particulares a los partidos durante las elecciones. Un control ineficaz de las donaciones puede transformar a los partidos en rehenes de los grupos de interés independientemente de la existencia de las contribuciones públicas. Una elección no se paga con el subsidio estatal y la búsqueda de fondos de particulares puede condicionar la existencia y la política futura de los candidatos.

En la quinta conviene preguntarse si la forma actual del subsidio a los partidos no lleva a una **crystalización de la política** ya que al recibir los fondos teniendo en cuenta la elección anterior los partidos existentes tendrán un privilegio sobre los nuevos. Se premia al triunfador que además probablemente sea además el partido de gobierno.

En cuanto a las donaciones privadas a los partidos y campañas políticas, en general los sistemas políticos son muy porosos para permitir ingresos importantes de orígenes particulares. El sistema norteamericano ha sido calificado como “cuasi sobornos tenuemente disfrazados” para los funcionarios electos.<sup>17</sup> Un sistema que permite donaciones amplias respeta la libertad de expresión pero magnifica la influencia de los grupos de interés. Al mismo tiempo puede ser un obstáculo a las ideas de los desorganizados o sin medios.

Sin embargo, los daños que podrían producir las donaciones privadas son difícilmente evitables. Los individuos o grupos que tienen una mayor cantidad de medios tiene una mayor capacidad para gastarlos para influir en la opinión pública. Esta desigualdad no parece una razón convincente para limitar la libertad de expresión. De alguna manera el mercado de ideas es lo suficientemente fuerte como para limitar las desigualdades de gastos de los consumidores y productores en ese mercado. La opinión pública es inelástica a los gastos producidos para influirla.

La limitación de los gastos de campaña puede crear una distorsión en el mercado de ideas al hacer más difícil enfrentar al ocupante actual

---

<sup>17</sup> Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*. Harvard, 2001, p. 89.

de un cargo. Para ingresar al mercado un producto tiene que publicitarse más activamente que los productos existentes que son conocidos por los consumidores.

El tema de la limitación a las donaciones particulares a los partidos políticos y a los candidatos fue ampliamente considerada por la Corte Suprema de Estados Unidos.

### **Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)**

debatido el 16 de noviembre de 1975, decidido el 30 de enero de 1976 por una variedad de votos en cuestiones específicas; la opinión no fue firmada. Burger, Blackmun, Rehnquist, White y Marshall todos disintieron en parte, Stevens no participó. En pocas ocasiones la Corte ha reconstruido la legislación del Congreso en tantos particulares sustanciales como lo hizo en este caso al reglamentar las diversas provisiones de la ley de Campaña de la Elección Federal (Federal Election Campaign Act) de 1971, como fue enmendado en 1974, y en provisiones relevantes de la Ley de Renta de 1971, como fue enmendado en 1974. Como indica la opinión per Curiam, diferentes mayorías de los ocho ministros de la Corte participantes decidieron los varios desafíos elevados por los candidatos y otros que buscaban prevenir la nueva legislación de campaña de efectivizarse en la elección de 1976.

La Corte invalidó una provisión de la ley que permitía al Congreso elegir una mayoría de miembros votantes de la Comisión de la Elección Federal (FEC) creada para administrar y aplicar la FECA. Sostuvo que este arreglo violaba la Cláusula de Designaciones que daba poder sólo al Presidente para nominar a tales funcionarios la Corte efectivamente le dijo al Congreso que reescribiera esta porción de la FECA (que lo hizo) para mantener los poderes considerables de la FEC. Las competencias en sí mismos fueron sostenidas, como así también lo fueron los requerimientos de declaración detallada e informes.

Más complicados fueron los holdings de la Corte en los desafíos a la primera enmienda sobre libertad de expresión a las restricciones de la FECA de las contribuciones y desembolsos en las elecciones federales. Se sostuvieron varios límites de contribución (por ejemplo, el máximo de mil dólares que cada individuo puede contribuir con un candidato al Congreso o a Presidente en cada elección de campaña) sobre la base de que son armás legislativas apropiadas contra la influencia impropia emanada de la dependencia de los candidatos a las grandes contribuciones. Por otra parte, los límites de desembolsos fueron invalidados como restricciones sustanciales y directas en la expresión política, violando la primera enmienda. La Corte, de esta manera, borró el intento del Congreso de modificar no sólo los límites generales de los desembolsos de un candidato, sino también los límites de

cuánto pueden gastar otras personas relacionados con un candidato (aparte de contribuciones directas al candidato) y los límites de cuánto pueden gastar los candidatos de sus propios fondos o de los de su familia.

La invalidación del último de estos límites ilustra la naturaleza de la distinción de la Corte entre contribuciones y desembolsos. Usando millones de dólares propios en una campaña, a pesar de sustituir efectivamente grandes contribuciones de otros, no corrompe o no parece corromper al candidato. De todas formas, los oponentes con pocos recursos bien pueden considerar la libertad garantizada por la Corte de un candidato rico para gastar millones de dólares de la riqueza familiar, como una ventaja especialmente injusta porque ellos no pueden, bajo la ley, compensarlo, encontrando unos pocos contribuyentes importantes. Un pretexto legal más grande y significativo fue creado por la invalidación de la Corte de la provisión para limitar el gasto de individuos y grupos que ayudan a los candidatos. Estos desembolsos sólo necesitan ser “independientes” del candidato y del comité de campaña del candidato para ser ilimitados ya que las contribuciones de estos últimos no lo son.

Contrastando su respuesta mixta a las regulaciones del Congreso de financiamiento privado de campaña, la Corte sostuvo las nuevas provisiones para la utilización de fondos públicos de las campañas presidenciales. Estas provisiones incluyen los descuentos de los impuestos a la renta de los fondos para partidos para conducir convenciones de nominación presidencial, para candidatos primarios presidenciales y para candidatos presidenciales de una elección general. Dicha recaudación, sostuvo la Corte, está dentro de los poderes del Congreso de gastar bajo la Cláusula General de Bienestar, y no viola ni la primera enmienda ni la Cláusula de debido proceso de la quinta enmienda. El último tema surgió porque el arreglo para distribuir los fondos parecía ayudar más a los grandes partidos y sus candidatos que a los menores partidos, nuevos partidos o partidos independientes. Pero la Corte interpretó la ley como una oportunidad suficiente para los partidos menores y sus candidatos, para calificar para fondos públicos, aún en niveles bajos.

Un último elemento debe ser tenido en cuenta. En cuanto a sostener la utilización de fondos públicos, la Corte también estableció que es constitucionalmente válido requerir, como lo hizo el Congreso, que un candidato presidencial deba estar de acuerdo con un tope de desembolso como una condición para recibir tal fondo. Un tope aceptado voluntariamente no recae bajo la prohibición de la Corte de topes de desembolso. De acuerdo a esto, si el Congreso o las legislaturas estatales quisieran fijar topes de desembolso para los candidatos para otros oficios, el medio constitucional para hacerlo establecer topes con el otorgamiento de los fondos públicos. Pero la Corte dejó en claro, en **Federal Election Commission v. National**

**Conservative Political Action Committee (1985)**, que tales topes no pueden ser aplicados a aquellos que gastan independientemente para ayudar a un candidato con fondos públicos.

***Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al. 424 U.S. 1***

*Per Curiam.*

*Estas apelaciones plantean ataques constitucionales a las normas centrales de la Ley de Campañas en las elecciones federales de 1971... Las principales limitaciones en contribuciones y gastos establecidos en la Ley prohíben a los individuos a contribuir más de \$25.000 en un mismo año o más de \$1000 en un mismo candidato durante una campaña electoral y gastar más de \$1000 por año "relativo a un candidato claramente identificable". Otras disposiciones.. limitan el monto total que puede ser gastado por un candidato en su campaña por un cargo federal. ..*

*Las limitaciones establecidas por la Ley en materia de contribución y gastos operan en un área de actividades más fundamentales de actividades de la Primera Enmienda. <sup>18</sup> La discusión sobre las cuestiones publicas y el debate sobre las calificaciones de los candidatos es integral al funcionamiento del sistema de gobierno establecido en nuestra Constitución... En una republica donde el pueblo es soberano, la capacidad de los ciudadanos para hacer elecciones informadas entre los candidatos a un cargo público es esencial, porque las identidades de los que son elegidos marcaran el camino que debemos seguir como una nación. ..*

*Una restricción sobre la cantidad de dinero una persona o grupo puede gastar en la comunicación política durante la campaña reduce la cantidad de expresión al restringir el numero de cuestiones discutidas, la profundidad de su exploración y el tamaño de la audiencia a la que se llegue. Esto es debido a que virtualmente todos los medios de comunicación de ideas en la sociedad de masas actual requiere del gasto de dinero. La distribución del panfleto o folleto más humilde supone costos de impresión, papel y circulación. Los discursos y reuniones generalmente necesitan alquilar un local y publicitar el evento. La dependencia creciente del electorado de la televisión, la radio y otros medios masivos para obtener noticias e información ha hechos que estos modos de comunicación costosos sean instrumentos indispensables del discurso político efectivo...*

*En contraste con la limitación en los gastos de expresión política, una limitación sobre el monto que una persona cualquiera o grupo puede contribuir a un candidato o comité político supone una restricción marginal sobre la capacidad del donante a estar asociado a la libre comunicación. Una contribución sirve como una expresión general de apoyo para un candidato y sus opiniones, pero no comunica la base subyacente del apoyo. La cantidad de comunicación efectuada por el donante no aumenta perceptiblemente con el tamaño de su contribución*

---

<sup>18</sup> La primera enmienda se refiere a la libertad de expresión.



*ya que la contribución se basa exclusivamente en el acto indiferenciado y simbólico de contribuir. A lo sumo, el tamaño de la contribución provee de un índice muy áspero de la intensidad del apoyo del donante para el candidato. Una limitación de la cantidad de dinero una persona puede dar a la organización de un candidato o de campaña supone, por lo tanto, una pequeña limitación directa en su comunicación política.*

*Los apelantes sostienen que las restricciones de la ley para las grandes contribuciones en las campañas están justificadas por tres intereses gubernamentales. De acuerdo con las partes y los amici, el interés primario que cumplen las limitaciones y, también por la Ley en su conjunto, es la prevención de la corrupción y de la apariencia de la corrupción engendrados por la influencia coercitiva imaginada o real de las grandes contribuciones financieras sobre las posiciones de los candidatos y sus acciones si son elegidos para el cargo... Primero, los límites sirven para enmudecer las voces de las personas adineradas y los grupos en el proceso de elección y por lo tanto para igualar la capacidad relativa de todos los ciudadanos para influir el resultado de las elecciones. Segundo, se sostiene que los límites actúan en alguna medida como un freno al costo sideral de las campañas políticas y por lo tanto sirven para abrir el sistema político más ampliamente a candidatos sin acceso a fuentes amplias de dinero.*

*Es innecesario ir más allá del objetivo primario de la ley, de limitar la realidad y la apariencia de corrupción resultante de grandes contribuciones financieras individuales, para encontrar una justificación constitucional suficiente para el límite de contribuciones de \$1000. Bajo sistema de financiación privada de las elecciones un candidato que no tiene un patrimonio personal o familiar inmenso debe depender de las contribuciones financieras de otros para proveerse de los recursos necesarios para conducir una campaña exitosa. La importancia creciente de los medios de comunicación y los sofisticados correos masivos y operaciones de encuestas para las campañas efectivas hacen que la búsqueda de largas sumas de dinero sea un ingrediente esencial para una candidatura efectiva. En la medida que grandes contribuciones sean dadas para asegurar un quid pro quo político de los actuales o posibles ocupantes del poder, la integridad de nuestro sistema de democracia representativa esta socavada. ..*

*Los límites de gasto de la Ley imponen restricciones directas y sustanciales en la calidad del discurso político. El más drástico de los límites restringe a los individuos y grupos, incluyendo a los partidos políticos que fracasan en ubicar un candidato en la elección, a un gasto de \$1000 "relativo a un candidato claramente identificado durante el año calendario". .. Consideramos que el interés gubernamental en prevenir la corrupción y la apariencia de corrupción es inadecuada para justificar el techo en los gastos independientes relativos a un candidato claramente identificable.*

*Se sostiene, sin embargo, que el interés gubernamental en igualar la capacidad relativa de los individuos y grupos para influir el resultado de las elecciones sirve para justificar los límites de la defensa efectiva de la elección o de la derrota de candidatos impuesta por un techo de*

gastos. Pero el concepto que el gobierno pueda restringir el discurso de algunos elementos de nuestra sociedad con el objetivo de aumentar la voz relativa de otros es totalmente ajeno a la Primera Enmienda, que ha sido diseñada para “asegurar la más amplia diseminación de información de fuentes diversas o antagónicas” y “para asegurar el intercambio sin trabas de ideas para obtener los cambios políticos y sociales deseados por el pueblo.” La protección de la Primera Enmienda contra la limitación gubernamental de la libertad de expresión no puede ser efectuada correctamente dependiendo de la capacidad financiera de una persona para incorporarse a la discusión pública. ..

La sección 608(c) de la Ley establece límites a los gastos generales de campaña por candidatos que buscan una nominación para la elección y la elección en cargos federales. Los candidatos presidenciales pueden gastar \$10.000.000 para obtener la nominación y \$20.000.000 adicionales en la campaña de la elección federal... [menciona los límites para otras elecciones]..

Ningún interés gubernamental que se ha sugerido es suficiente para justificar la restricción a la cantidad de expresión política impuesta por los límites de gastos de campaña de la Ley.

Los techos establecidos para los gastos de campaña aparecen como diseñados primariamente para preservar los intereses gubernamentales de reducir los costos aparentemente siderales de las campañas políticas.. El mero aumento en los costos de las campañas electorales federales en sí mismo no provee una base para las restricciones gubernamentales en la cantidad de los gastos de las campañas federales. La Primera Enmienda niega al gobierno el poder de determinar que ese gasto para promover nuestras visiones políticas sea excesivo, o poco sabio..

En suma, las disposiciones de la ley que imponen una limitación de \$1000 a las contribuciones de un solo candidato, una limitación de \$5000 a las contribuciones de un comité político a un candidato único, y una limitación de \$25.000 a las contribuciones totales por un individuo durante un año calendario son válidas constitucionalmente. Estas limitaciones constituyen las armas primarias de la Ley contra la realidad o apariencia de influencia impropia que surja de la dependencia de los candidatos de grandes contribuciones. Los techos de contribuciones sirven por lo tanto del interés gubernamental básico en salvaguardar la integridad de los procesos electorales sin tocar directamente los derechos de los ciudadanos individuales y los candidatos a entablar un debate y discusión políticos. Por el contrario, la Primera Enmienda requiere invalidar el techo de gastos independientes establecidos por la Ley, así como sus límites en los gastos generales de la campaña. Estas disposiciones imponen restricciones sustanciales y directas en la capacidad de los candidatos, ciudadanos y asociaciones para entablar una expresión política protegida, restricciones estas que la Primera Enmienda no puede tolerar.”

## **El caso Federal Election Commission v. National Conservative PAC, 470 U.S. 480 (1985)**

El caso analiza la situación de los Comités de Acción política **PAC** y las contribuciones públicas en las campañas electorales.

*La ley de financiamiento de campañas electorales presidenciales ofrece a los candidatos a Presidente de los principales partidos políticos la opción de recibir financiamiento público para las elecciones generales. Si el candidato elige el financiamiento público, la ley establece un delito para el "comité político" que gaste más de \$1000 para apoyar la elección de ese candidato. Considerando que [esa disposición] prohibiría a los comités políticos independientes que intentaran gastos sustanciales a favor de la reelección del Presidente Reagan en 1984, el partido Demócrata y el Comité Nacional Demócrata iniciaron una acción en un juzgado federal.. buscando una declaración de constitucionalidad de la ley. La Comisión Federal de elecciones inició una acción separada contra los mismos demandados buscando la misma solución...*

La Corte Suprema sostuvo.

2. *La sección 9012(f) [de la ley] viola la Primera Enmienda.*

*(a) los gastos en cuestión están claramente prohibidos [por la ley].. y como productores de un discurso y en el centro de la primera enmienda y suponiendo la libertad de asociación, están protegidos completamente bajo la Enmienda. p. 496.*

*(b) La limitación sobre gastos independientes por comités políticos es constitucionalmente débil, en la ausencia de alguna indicación que esos gastos tengan una tendencia a corromper o dar una imagen de corrupción. Pero aún asumiendo que el Congreso podría concluir equitativamente que las comités de acción política de gran escala tienden una tendencia suficiente para corromper, [la ley] es una respuesta excesiva para ese mal. No está limitada para cajas de dólares multimillonarias, sino que se aplica igualmente a grupos de discusión informales que solicitan contribuciones a los vecinos para publicitar sus opiniones sobre un Presidente en particular. p. 500.*

*(c) [la Ley] no puede ser sostenida como una medida profiláctica que el Congreso considera necesaria. Los grupos y asociaciones en cuestión aquí, diseñados expresamente para participar en el debate político, son bastante diferentes de las organizaciones tradicionales, organizadas para la ganancia económica y a las que pueden correctamente prohibírseles hacer contribuciones a candidatos políticos. p. 500.*

### **El discurso comercial.**

La forma principal del discurso comercial es la propaganda, la propaganda aumenta la demanda de ciertos bienes a través de la oferta de información y de la alteración de los gustos. La oferta de información a través de la propaganda promueve la competencia

mientras que la regulación del debate comercial puede suprimirla. Los grupos comerciales y también profesionales buscan muchas veces “rentas” induciendo a la administración a imponer límites en la publicidad y otras formas de discurso comercial. Esta fue la razón por la Corte Suprema de EEUU declaró inconstitucional la prohibición que efectuaban los colegios de abogados a sus asociados de publicitar sus servicios. Luego que las restricciones fueran eliminadas los abogados comenzaron a publicitar sus servicios lo que intensificó la competencia y facilitó el acceso de los servicios jurídicos al público.

Sin embargo, el discurso comercial tiene una protección menor que el discurso político. La teoría económica de la libertad de expresión provee una justificación para proteger al discurso político con mayor énfasis que el comercial. Mientras que la libertad de expresión promueve la competencia en la actividad política y en el comercio, los dos tipos de protección difieren en importancia. Dado el monopolio estatal de la fuerza, la competencia por los cargos públicos es más importante que la competencia en el mercado de un determinado producto. **El riesgo para la democracia de la pérdida de la competencia política plantea un peligro mayor para el público que el riesgo de monopolio en algunos mercados.**

La segunda razón concierne a la diferencia entre bienes públicos y privados. Los bienes privados generalmente afectan a quienes los consumen y producen, la mayoría de los beneficios de la publicidad son utilizados a quienes consumen un producto y a quienes los publicitan y venden, pero a terceras partes. En este sentido, la propaganda se asemeja a un bien privado con pocos beneficios externos, pero no a un bien público con muchos beneficios externos. En cambio, la legislación tiene efectos generales sobre la sociedad. Las mayores externalidades del mercado político sobre las que existen en los mercados de bienes justifican una protección constitucional mayor del discurso político que en discurso comercial.

### **El caso Virginia. Pharmacy Bd. v. Virginia. Consumer council, 425 U.S. 748 (1976)**

Los apelantes, como consumidores de medicamentos bajo receta demandaron a la Comisión de Farmacia del Estado de Virginia y a sus miembros individuales, que ahora apelan, atacando la validez bajo la Primera y decimocuarta enmienda, de la ley de Virginia que declara que es una conducta no profesional de un farmacéutico licenciado, la de hacer propaganda de los precios de los medicamentos bajo receta. Un panel de tres jueces en la primera instancia declaró a la ley nula y prohibió a los apelantes aplicarla.

*2. El “discurso comercial” no está totalmente fuera de la protección de las enmiendas Primera y Décimo cuarta, la ley de Virginia es por lo tanto nula. (p. 761).*

(a) **Que el interés de quién hace la propaganda sea puramente económico no lo descalifica de la protección** de las enmiendas Primera y Décimo cuarta. Tanto el consumidor individual como la sociedad pueden tener fuertes intereses en el libre flujo de la información comercial. P. 762.

(b) La prohibición de la propaganda de los precios de los medicamentos bajo receta no puede ser justificado sobre la base del interés del Estado en mantener el profesionalismo de sus farmacéuticos licenciados, el Estado tiene la libertad de exigir los estándares profesionales que desee de sus farmacéuticos y los puede subsidiar y proteger de la competencia por otros medios, pero **no puede hacerlo manteniendo al público ignorante de las condiciones legítimas que los farmacéuticos en libre competencia ofrecen.**

(c) Cualquiera fueren los límites de tiempo, lugar y forma que pudieran restringir al discurso comercial, son claramente superados por la ley de Virginia que identifica a un discurso de contenido particular y busca impedir completamente su difusión.

(d) Ningún reclamo se ha hecho que las propagandas de medicamentos bajo receta hubieran sido falsas, engañosas o que propusieran transacciones ilegales, y el Estado no puede impedir la diseminación de información reconocida como correcta sobre una actividad completamente legítima, solamente por el temor de los efectos de la información sobre sus difusiones y receptores. P. 771

### **Las exhibiciones obscenas.**

Tomemos el ejemplo extremo de un discurso valuado privadamente, la pornografía. Los consumidores de pornografía valúan el placer que les produce y están dispuestos a pagar un precio, a veces elevado por ella. Muchas personas, sin embargo, consideran que la pornografía crea externalidades negativas y no positivas. Por ejemplo, quienes consideran que promueve la violencia hacia las mujeres.<sup>19</sup> Si este fuera el caso, el caso para la protección constitucional de la pornografía es débil en comparación con el discurso comercial o el discurso político. El problema principal es la exposición involuntaria, es decir no buscada, al discurso obsceno o pornográfico. Como la contaminación, la exposición involuntaria a imágenes que el observador considera objetables es una externalidad. Como la economía respeta las preferencias de los individuos, sus sentimientos determinan los costos sociales de la observación de pornografía en forma involuntaria.

Una situación diferente es la del discurso pornográfico en privado. En ese caso sería parte de una acción privada fuera de la autoridad

---

<sup>19</sup> Catherine MacKinnon. *Feminism Unmodified*. Harvard University Press. 1987. En general el discurso feminista en este punto es muy firme aunque la evidencia presentada es escasa más allá de anécdotas.

pública. Siempre que no perjudicara a un tercero, lo que excluiría la participación forzada o de menores.

### **El discurso límite y la ironía.**

¿Existe un límite a la ironía en el discurso? Nos plantea la situación del discurso enfurecedor, cuando el mensaje plantea una situación que podría ser considerada de mal gusto extremo. ¿Conserva en estas circunstancias el carácter de un discurso de ideas protegido, es aún en este caso una externalidad positiva? Esta cuestión se planteó en el caso *Hustler v. Falwell* que tuvo una larga difusión e incluso una versión cinematográfica. El precedente es también un compendio de la doctrina de la libertad de expresión.

#### **El caso *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988)**

*El demandado [Jerry Falwell], un ministro conocido nacionalmente y comentarista sobre política y asuntos públicos, planteo una acción.. en una corte federal de distrito contra los recurrentes, una revista de circulación nacional y su propietario, para recibir una indemnización debido, entre otras cosas, a injurias [libel] y haber recibido daño emocional intencional, por la publicación de una parodia de propaganda que, entre otras cosas, mostraba al demandado en una cita incestuosa con su madre..*

La Corte sostuvo:

*Para proteger el libre flujo de ideas y opiniones en temas de interés y preocupación públicos la primera y decimocuarta enmiendas prohíben a las personalidades públicas y a los funcionarios públicos recibir indemnizaciones por daño emocional en razón de la publicación de una caricatura como sería la de la parodia de un aviso en cuestión sin demostrar al mismo tiempo que la publicación contiene una declaración falsa en los hechos que haya sido efectuada con “actual malicia”, es decir, el conocimiento que la declaración es falsa o con un desconocimiento negligente sobre si fue no cierto. El interés del Estado al proteger a las figuras públicas del daño emocional no es suficiente para denegar la protección de la primera enmienda al discurso que sea patentemente ofensivo y que tiene la intención de infligir injuria emocional cuando este discurso pueda no haber sido razonablemente interpretado como estableciendo hechos efectivos de la figura pública en cuestión. Aquí, el demandado es claramente una “figura pública” a los efectos de la primera enmienda y la decisión de los tribunales inferiores que la parodia de aviso no podía ser razonablemente creída debe ser aceptada.*

*Lo enfurecedor [Outrageousness] en el área del discurso político y social tiene una subjetividad inherente que permitiría a un jurado imponer responsabilidad sobre la base de los gustos y visiones del jurado, o probablemente sobre la base de su disgusto de una expresión particular y no puede, en forma consistente con la primera enmienda, ser la base de la concesión de indemnizaciones por la conducta que aquí se analiza.*

*El CHIEF JUSTICE REHNQUIST dió la opinión de la Corte...*

La contracubierta interior del número de noviembre de 1983 de la revista *Hustler* presentaba una "parodia" de una propaganda de licor Campari que contenía el nombre y el retrato del demandado y llevaba un título que decía "Jerry Falwell habla sobre su primera vez". Esta parodia estaba modelada sobre las auténticas propagandas de Campari que incluían entrevistas con variadas celebridades sobre su "primera vez." A pesar que era evidente al final de cada entrevista que esto significaba que era la primera vez que habían probado Campari, los avisos claramente jugaban con un doble sentido sexual sobre el contenido general de la "primera vez". Al copiar la forma y diseño de estos avisos de Campari, los editores de *Hustler* eligieron al demandado como la celebridad presentada y redactaron una supuesta "entrevista" con él en la cual él declara que su "primera vez" fue durante una cita incestuosa y alcohólica con su madre. La parodia de *Hustler* presenta al demandado y a su madre en borrachos e inmorales y sugiere que el demandado es un hipócrita que predica solamente cuando está borracho. En letra chica al final de la página el aviso tiene un reclamo "parodia de aviso, no debe tomarse seriamente". El índice de la revista también presenta al aviso como "Ficción, parodia de aviso y de personalidad."

Este caso nos enfrenta con una nueva cuestión referida a la Primera Enmienda y sus limitaciones sobre la autoridad del Estado para proteger a sus ciudadanos de la inflicción intencionada de daño emocional. Debemos decidir si una figura pública puede recuperar indemnizaciones por el daño emocional causado por la publicación de la parodia de un aviso ofensivo para él y sin duda grosero y repugnante ante los ojos de los demás. El demandado nos quiere ubicar en la situación de encontrar un interés estatal en la protección de las figuras públicas del daño emocional como suficiente para negar la protección de la primera Enmienda al discurso que sea claramente ofensivo y tenga la intención de infligir una injuria emocional, aún cuando el discurso no pueda ser interpretado razonablemente como señalando hechos sobre la figura pública en cuestión. Declinamos hacer esto.

En el corazón de la primera enmienda está el reconocimiento de la importancia fundamental del libre flujo de idea y opiniones en materias de interés y preocupación públicas "la libertad para expresar sus ideas libremente [speak one's mind] no es solamente un aspecto de la libertad individual, y por lo tanto bueno en sí mismo, sino también esencial para la búsqueda común de la verdad y de la vitalidad de la sociedad como un todo. ." *Bose Corp. v. Consumers Union of United States, Inc.*, 466 U.S. 485, 503 -504 (1984). Hemos sido particularmente vigilantes para asegurar que las expresiones individuales de ideas permanezcan libres de sanciones gubernamentales. La primera enmienda no reconoce la idea "falsa". *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 339 (1974) Como lo escribiera el juez Holmes, "cuando los hombres han reconocido que el tiempo ha desvirtuado muchas ideas combatientes, pueden creer aún más que creen que los verdaderos fundamentos de su propia conducta es que el bien último deseado es mejor logrado por el libre comercio de ideas [free trade in ideas], que la mejor prueba de la verdad es el **poder**

**del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado** *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919).

El tipo de debate político robusto que es promovido por la Primera enmienda lleva a crear discursos que son críticos de aquellos que ejercen funciones públicas o a aquellas figuras públicas que están “íntimamente ligadas a la resolución de cuestiones públicas importantes o, en razón de su fama, marcan los eventos en áreas de preocupación de la sociedad en su conjunto. *Associated Press v. Walker, decided with Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 164 (1967). Frankfurter lo expresó sucintamente en *Baumgartner v. United States*, 322 U.S. 665, 673 -674 (1944), cuando dijo que “una de las prerrogativas de la ciudadanía americana es el derecho de criticar a los hombres y medidas públicas.” Esta crítica, inevitablemente, no será siempre razonada o moderada, las figuras públicas así como los funcionarios públicos, estarán siempre sujetos a “ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradablemente agudos.” “El candidato que se jacta de su conducta intachable e integridad prístina no puede convincentemente gritar “Falta” cuando un oponente o un periodista industrioso intenta demostrar lo contrario.” *Monitor Patriot Co. v. Roy*, 401 U.S. 265, 274 (1971)...

Las **declaraciones de hechos falsas son particularmente sin valor, interfieren con la función de búsqueda de la verdad del mercado de ideas, y causan un daño a la reputación individual que no puede ser fácilmente reparada por el contra discurso**, por más que éste sea persuasivo o efectivo. *Gertz*, 418 U.S., at 340, 344. Pero aún a pesar que las falsedades tienen poco valor en y por sí mismas, son “inevitables en un debate libre” y una norma que impusiera la responsabilidad estricta en un director de una publicación por afirmaciones falsas en los hechos tendría indudablemente un efecto gélido sobre el discurso relativo a figuras públicas que tiene un valor constitucional. Las libertades de expresión requieren de un espacio para respirar. Este espacio de respiración es provisto por la norma constitucional que permite a la figuras públicas cobrar por calumnias o difamación solamente cuanto pueden probar tanto que la declaración es falsa como que la declaración ha sido efectuada con el nivel requerido de culpabilidad.

El **demandado, sin embargo, sostiene que un estándar diferente que debe aplicarse en este caso porque aquí el Estado busca prevenir no el daño a la reputación sino el daño emocional severo que sufre una persona que está sometido a una publicación ofensiva.** *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977) (que sostiene que la “actual malicia” no se aplica al daño de apropiación del derecho de publicidad)..

En términos generales la ley no se refiere a la intención de infligir daño emocional como algo que debe recibir mucha atención, es bastante comprensible que muchas sino todas las jurisdicciones hayan elegido hacer civilmente responsables cuando la conducta en cuestión es suficientemente “enfurecedora”. **Pero en el mundo del debate sobre asuntos públicos, muchas cosas hechas con motivos que son**



**menos que admirables están protegidos por la primera enmienda.** En *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964) hemos sostenido que cuando el orador o escritor está motivado por odio o mala voluntad su expresión está protegida por la Primera enmienda.

*“El debate sobre cuestiones públicas no sería inhibido si el orador debe correr con el riesgo de la prueba en tribunales que se expresó con odio, aunque hubiera expresado con odio, expresiones honestamente creía que contribuían al libre intercambio de ideas y a la determinación de la verdad.”*

Por lo tanto, aunque un mal motivo puede ser considerado con el fin de responsabilidad por daño en otras áreas del derecho, creemos que la primera enmienda prohíbe ese resultado en el área de del debate público sobre figuras públicas.

Si pensáramos de otra manera, no habría duda que los caricaturistas políticos y satíricos serían condenados a sentencias de indemnización sin ninguna demostración que su trabajo falsamente difamó a su sujeto... Lo atractivo de una caricatura política está basado muchas veces en la explotación de los rasgos físicos desafortunados o en acontecimientos políticamente embarazosos, una explotación muchas veces calculadas para injuriar los sentimientos del sujeto del retrato. El arte del caricaturista es a menudo no razonado ni equilibrado, pero lacerante y parcial...

El demandado sostiene, sin embargo, que la caricatura en análisis aquí era tan “enfurecedora” que la distinguía de las caricaturas políticas más tradicionales. No hay duda que la caricatura del demandado y de su madre publicada en *Hustler* es en el mejor de los casos un pariente lejano de las caricaturas políticas descritas anteriormente, y en ese caso de una relación pobre. Si se pudiera establecer un estándar principista que separara una de las otras, el discurso público sufriría probablemente un daño pequeño o ningún daño. Pero dudamos que ese estándar exista y estamos bastante seguros que la descripción peyorativa de “enfurecedor” nos provea de uno. Lo enfurecedor “Outrageousness” en el área del discurso político y social tiene una subjetividad que permitiría a un jurado [o juez] imponer responsabilidad sobre la base de gustos o visiones, o sobre la base de su disgusto a una visión particular. El estándar “enfurecedor” va en contra de nuestro rechazo tradicional de permitir indemnizaciones por un discurso que haya tenido un impacto emocional adverso en la audiencia.

## **Capítulo**

### **El costo de los derechos.**

El termino “derechos” tiene muchos matices en su significado. Podemos limitar el análisis a dos alternativas, la ética y la descriptiva. La primera asocia los derechos con principios morales y con ideales. Identifica los derechos preguntándose que derechos tiene moralmente cada persona. Es una búsqueda ética, valorativa y justifica los derechos como intereses humanos que no pueden ser ignorados sin una justificación especial.

Una segunda alternativa plantea los derechos en forma descriptiva y menos valorativa. Esta más interesada en explicara como funcionan efectivamente los sistemas jurídicos y menos orientada hacia su justificación. No es una visión de escepticismo ético sino que se concentra en el estudio de los intereses que una sociedad política organizada protege efectivamente. De esta manera un interés se transforma en un derecho cuando un sistema jurídico concreto dedica recursos para defenderlo.

Esta visión supone a los derechos individuales como consecuencia del derecho vigente. Son derechos concretos y directamente aplicables, no tienen nada de inocentes. Son poderes concedidos por la comunidad política. La existencia de un derecho es asociada a la existencia del Estado y de la Constitución, la anarquía se conjuga con la falta de derechos, con el Estado de naturaleza. Un derecho existe solamente cuando esta incluido en el presupuesto. Esto incluye tanto a las libertades negativas, que requieren la protección del Estado, tanto como las libertades positivas que requieren de la acción del Estado. En el primer caso, tomando como ejemplo los derechos de propiedad, se requiere de un sistema judicial y de una forma de protección policial. En el segundo, como en el caso de las prestaciones de seguridad social, deben ser incluidas en el presupuesto para que se efectúen los pagos correspondientes.

Los derechos individuales son bienes públicos. La calidad y extensión de la protección de los derechos depende de los gastos privados tanto como de los públicos. Como la protección de los derechos impone costos sobre los particulares tanto como en el presupuesto público, necesariamente valen más para algunas personas que para otras. La libertad de expresión vale necesariamente más para los propietarios de periódicos que para quienes duermen sobre ellos.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Stephen Holmes & Cass Sunstein. The Cost of Rights. Why Liberty depends on Taxes. New York, Norton. 1999. p. 21.

Los derechos tienen costos sociales al mismo tiempo que costos presupuestarios. Por ejemplo los daños efectuados a particulares efectuados por imputados que han sido liberados por el sistema judicial pueden ser considerados como los costos sociales de un sistema que toma medidas estrictas para proteger los derechos de los acusados. Sin embargo, el costo presupuestario de los derechos es una forma sencilla de análisis, al concentrarse en el presupuesto es la manera más fácil de llamar la atención a la dependencia fundamental de las libertades individuales de las contribuciones que la sociedad hace colectivamente, a través de los impuestos, y que son administradas por los funcionarios.

A diferencia de los costos sociales, los costos y beneficios netos no pueden ser ignorados. Algunos derechos a pesar de su alto costo, aumentan la riqueza social imponible en tal dimensión que puede decirse que son auto financiables. El derecho a la propiedad privada es un ejemplo notorio. El derecho a la educación es otro. La inversión pública en la protección de esos derechos ayuda a aumentar la base imponible sobre la cual depende la protección activa de los derechos.

### **La falacia de los derechos sin costo.**

A pesar que el costo de los derechos es evidente, aparece frente a nuestra conciencia jurídica como una paradoja o una amenaza a la visión del Estado de derecho. Establecer que un derecho tiene costos es confesar que tenemos que conceder algo para preservarlo. Ignorar los costos es dejar estos pagos fuera de la imagen algo romántica de la defensa de nuestros derechos. Esto lleva a imaginar que los derechos fundamentales son esencialmente gratuitos, es decir sin costo para su preservación. Esta imagen olvida los costos muchas veces evidentes de la preservación de los derechos. Basta imaginar solamente los costos fácilmente identificables de la administración de justicia o de las indemnizaciones por expropiaciones. Al mismo tiempo puede establecerse el costo social producido por la indeterminación del derecho proveniente de la dilación en las decisiones judiciales, con mayor evidencia en el caso de la Corte Suprema.

Cuando una decisión judicial establece un pago de dinero público, debe tenerse en cuenta que esos recursos pueden gastarse en bienes públicos imprescindibles como la educación, la seguridad o la salud. Cuando un juez insiste en una negociación para llegar a una conciliación entre las partes, tiene presente que el ahorro obtenido en la duración de un proceso es también dinero público al que se le puede dar un mejor uso que continuar eternamente un proceso.

Esta doctrina fue reconocida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso **Matthews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976)**

*“El interés del gobierno y por lo tanto el del público, in la conservación de recursos fiscales y administrativos escasos es un factor que debe ser*

*sopesado. En algún momento el beneficio de una garantía adicional para el individuo afectado por la acción administrativa y a la sociedad, en términos que la garantía aumentada es justa, debe ser sopesada con el costo. El costo significativo de proteger a quienes que en el proceso administrativo preliminar aparecen como no merecedores del derecho reclamado, puede finalmente provenir de los bolsillos de los merecedores del derecho ya que los recursos disponibles para cualquier programa de bienestar social no son ilimitados.”*

Es una respuesta a la pregunta cuanto es lo efectivamente debido dentro del debido proceso.

Es conveniente recordar que la actitud arbitraria de la administración en el establecimiento de reglamentos y actos administrativos sumados a la falta de garantías del proceso inquisitivo hace que el control judicial sea imprescindible y finalmente costosa. Sin duda la existencia de un efectivo debido proceso administrativo constituiría un ahorro para la administración.

La actitud de los jueces calificada como “conservadora” por muchos abogados al definir con precisión la extensión de ciertos derechos individuales que suponen altos costos fiscales, es en gran medida debida a la conciencia judicial del alto costo de la protección de los derechos.

### **Un Estado pobre no puede proteger todos los derechos.**

Holmes y Sunstein recuerdan el origen bélico de los derechos sociales. Señalan que el estado de bienestar norteamericano tuvo su origen lejano en los beneficios extensos concedidos a los veteranos de la Guerra Civil. Esta situación se profundizó luego de cada una de las guerras en las que participo ese país. Esto explica la voluntad por parte de los contribuyentes de hacer el esfuerzo para financiar un conflicto bélico y luego ese esfuerzo continúa para proteger a quienes han hecho una contribución de sangre. Los derechos se estabilizan políticamente como parte de un acuerdo social.<sup>21</sup> Esto supone que todos los derechos incluyendo los derechos de propiedad están sujetos a una renegociación permanente.

El equilibrio entre el nivel de impuestos y la protección de los derechos de propiedad se basa en el intercambio de impuestos por protección que es mutuamente beneficioso tanto para los contribuyentes como para el gobierno. Los contribuyentes están dispuestos a pagar, en alguna medida, para tener su propiedad protegida contra vándalos, delincuentes y otros peligros. Por su parte el gobierno esta dispuesto a limitar sus ímpetus confiscatorios, no solamente porque hay incentivos políticos, sino porque los

---

<sup>21</sup> Holmes & Sunstein, op. cit. pag. 194.

funcionarios comprenden que recursos confiables a largo plazo estarán disponibles si los habitantes tienen el incentivo de aumentar su riqueza, llevar sus libros y registros en forma confiable e invertir sus ahorros dentro del país. Esta relación cooperativa aumenta la seguridad de ambas partes, extiende sus horizontes temporales y permite a ambas partes a llevar adelante una planificación de largo plazo en sus inversiones.

El derecho de propiedad debe ser comprendido como una condición indispensable de la ciudadanía democrática. Si la propiedad puede ser confiscada por el capricho de los gobernantes las personas no tendrán la independencia y la seguridad que les permita criticar al gobierno abiertamente. Si sus ahorros o sus bienes pueden ser apropiados o destruidos por delincuentes vivirán en el temor y con la constante preocupación de ocultar sus ganancias. Ninguno de estos estados de animo hacen ciudadanos ejemplares.

Las declaraciones de derechos tienen asociada una premisa tacita, las libertades particulares tienen costos públicos. Esto no ocurre solamente con las libertades positivas, es decir la seguridad social, el derecho a la salud, la educación o la vivienda, sino también con las libertades negativas. Es decir que el derecho de propiedad, la libertad de contratar, la libertad religiosa y en general todos los derechos individuales tienen un costo en su protección. Desde el punto de vista de las finanzas publicas todos los derechos son licencias para que los individuos persigan sus objetivos individuales o conjuntos utilizando bienes colectivos, estos incluyen la participación en bienes privados que han sido acumulados bajo la protección de la comunidad. Esta dependencia de los derechos individuales de los funcionarios públicos que perciben impuestos y los gastan sugiere que la distinción entre libertades negativas y positivas y entre derechos operativos y programáticos es especiosa. Ya que todos los derechos requieren para su aplicación de la acción de funcionarios que tienen para concretarlos un numero limitado de recursos y deben asignarlos estableciendo prioridades.

La libertad de contratar que transforma promesas en obligaciones vinculantes es un modelo. El derecho de concluir contratos obligatorios crea hábitos de cumplimiento de las promesas sobre los cuales promueven la prosperidad económica que beneficia a toda la sociedad. La eficiencia en la economía constituye un bien público y no solamente privado. La eficiencia se asegura a través del diseño inteligente, la asignación correcta, la aplicación confiable y la financiación publica de los derechos individuales.

El costo de los derechos no plantea solamente cuestiones de control democrático y transparencia en el proceso de asignación de recursos, señala también un problema ético el de la equidad en la distribución. Al describir los derechos como inversiones publicas se indica que

estas no solo deben ser prudentes sino también equitativas. Lleva a preguntarse si las asignaciones de recursos que hacen la legislación y los reglamentos benefician a la sociedad en su totalidad o solamente a grupos de interés que tienen un buen contacto político con legisladores y gobernantes. Indica si las prioridades de nuestra legislación van dirigidas hacia grupos poderosos o en defensa del bienestar general. El estudio de los costos es un mecanismo que lleva a la reflexión sobre estas cuestiones porque pone en evidencia el carácter distributivo que tiene toda asignación de derechos. La regla aplicable es que en caso de conflicto en cuanto a la asignación de recursos, la toma de decisiones no debe ser oculta sino de una manera abierta y democrática.

La deliberación pública, incluyendo las decisiones judiciales, sobre los derechos individuales y los recursos que se asignan a su implementación debe concentrarse en las siguientes cuestiones.

- 1) ¿Cuántos recursos públicos deseamos gastar en cada derecho?
- 2) ¿Cuál es conjunto óptimo de derechos, teniendo en cuenta que los recursos que se asignan para proteger un derecho no estarán disponibles para proteger a los demás?
- 3) ¿Cuáles son los mejores formatos para conceder la mayor protección de derechos al menor costo?
- 4) Redistribuyen los derechos, tal como están definidos y aplicados en la actualidad, la riqueza de una manera que pueda ser justificable públicamente.

Las respuestas que se den a estas preguntas determinarán que los juicios de valor que se hagan sobre los derechos puedan hacerse en forma informada y de esta manera puedan ser sometidos a análisis crítico y a debate público.

### ***La asignación de recursos en los derechos individuales.***

La asignación de los poderes constitucionales crea incentivos para los funcionarios electos para la provisión de los bienes públicos que los ciudadanos prefieren, de esta manera aumentando la utilidad general. A veces, sin embargo, algunos ciudadanos prefieren restringir la libertad de otros ciudadanos. Esto puede ser porque pertenezcan a una minoría antipática o porque tengan medios económicos de los que los demás quieren apoderarse o porque son débiles y no pueden defenderse dentro del proceso político. En estas circunstancias, los individuos vulnerables necesitan la protección frente al proceso político. El establecimiento de los derechos individuales en la Constitución provee alguna protección frente a la política. Pero en una democracia, circunscribir el poder de la mayoría de los ciudadanos o de sus representantes electos, requiere de alguna justificación.

Los “derechos” son una palabra con propósitos variados dentro de los conceptos jurídicos. Algunos derechos son títulos creados por la obligación de otro. Es el caso de un contrato de mutuo. En este caso, alguien tiene derecho a un beneficio porque algún otro tiene la obligación de proveerlo. A diferencia de un contrato, una ley puede imponer un deber general estableciendo un derecho. Pueden existir deberes sin derechos, por ejemplo es el deber de un policía proteger a los ciudadanos, pero los ciudadanos pueden no tener el derecho a la protección policial.

Porque lo que caracteriza al derecho es que quien es titular de ese derecho puede tener un remedio legal a la violación del deber correlativo. Imponer el cumplimiento del deber asociado a un derecho es generalmente función judicial. Es por ello que la extensión de los derechos constitucionales está asociada al remedio judicial que dispongan para su cumplimiento.

Los derechos individuales establecidos en las constituciones a partir del siglo XVIII tienen el fin de proteger la autonomía de las personas y de su voluntad. Los derechos constitucionales dan al individuo una zona de discreción para hacer las decisiones fundamentales de su vida sin la dominación o manipulación por el estado. Los derechos individuales proveen el fundamento legal para una sociedad de personas autónomas. La apreciación de una vida autónoma y de una sociedad de individuos provee de un motivo para establecer los derechos individuales en la Constitución. Los derechos individuales que proveen esta autonomía a las personas son llamadas libertades. Dos aspectos del derecho aseguran estas libertades, la primera es que el individuo que tiene una libertad no está obligado ni tiene prohibido, hacer una actividad. El segundo es que las demás personas tienen prohibido interferir con el ejercicio de la libertad.

Para expresar estos hechos en una forma más abstracta, se puede hacer una definición de libertades sencilla. Si  $x$  denota una actividad como “hablar”, “publicar”, “reunirse”, podemos decir que en general una persona tiene la libertad  $x$  si no está obligada a o tiene prohibido  $x$  y si los demás tienen prohibido interferir con su  $x$ . Una persona que no está obligada, si tiene prohibido  $x$ , tiene permiso a  $x$ . Prohibir a los demás de interferir con  $x$  lo protege. Por lo tanto, una libertad puede ser definida como un permiso protegido. El objetivo de los derechos individuales es el de proveer a la base legal de la autonomía, y su estructura lógica son los permisos protegidos.

¿Cuál es el valor de los derechos individuales? Si un gobierno vota los derechos constitucionales, se puede demandar por un resarcimiento (ver el 42 US Code 1983 que menciona la posibilidad de demandar también a las personas que priven a un ciudadano “de cualquier derecho, privilegio o inmunidad asegurado por la Constitución y las leyes”).

En ese caso, un tribunal pone un precio sobre el derecho individual violado. En el caso **Pembaur vs. City of Cincinnati, 475 vs. 469, 483 (1986)**, la Corte Suprema estableció el requisito de la “decisión política” para diferenciar la acción ilícita individual de funcionarios, de la acción de los gobiernos responsables. En este último caso el responsable que debe indemnizar es el gobierno que violó los derechos individuales.

En lugar de compensar los daños, el remedio habitual de un tribunal es una orden prohibiendo al responsable la continuación de la violación de sus derechos. En estas circunstancias, el aumento de la extensión de un derecho puede significar la disminución de la extensión de otro derecho. El equilibrio entre derechos puede ser descrito como una evaluación del costo de oportunidad de un derecho en los términos de otro derecho (nota costo de oportunidad. El costo alternativo de oportunidad de la producción de una unidad del bien x es la cantidad del bien y que debe sacrificarse para utilizar los recursos en la producción de x en lugar de y. Este es el costo social de la producción de x).

Un tribunal que otorga un resarcimiento o que tiene que equilibrar derechos en competencia debe establecer un valor a cada uno de ellos. La economía puede ofrecer diferentes métodos para evaluar los derechos.

### **Las commodities**

El valor puede ser ordenado por su extensión, más dinero tiene más valor que menos dinero. Si se puede poner un orden a un derecho por su extensión, se pueden utilizar herramientas económicas para representar su valor. En teoría microeconómica, la tasa en la cual un individuo comerciará un bien por otro, mide el valor relativo para él. Una curva de utilidad representa el nivel, la tasa a la cual una persona intercambiará libertad y riqueza permaneciendo indiferente. Cada punto indica el precio que esa persona pagará por un aumento de su libertad. En general una curva de demanda para un individuo indica el precio que pagará el bien en la medida que la cantidad varía. Las curvas de utilidad son curvas de demanda. En general, la disposición de pagar está asociada a la capacidad de pagar.

Luego de discutir el precio de la libertad debemos considerar su costo. La definición de una libertad como un permiso protegido sugiere dos tipos de costos. Primero, proteger la libertad requiere recursos como son, entre otros, los de policía y fuerzas armadas, así como los costos de educación para la libertad. Segundo, aumentar la libertad puede significar sacrificar otros valores, de manera que la libertad tiene un costo de oportunidad. Por ejemplo, aumentar la libertad de los propietarios de desarrollar sus terrenos les permitiría construir edificios elevados que reducen la luz de sus vecinos.



En principio, el aumento de una libertad no interfiere necesariamente con otra libertad. Es por ello que las definiciones de cada libertad son sencillas. Pero eventualmente una libertad se expande en su utilización hasta que el aumento de un derecho significa el conflicto con otro que decrece. De allí, que a pesar de las definiciones claras de los derechos los casos que de su definición en el margen, es decir, en conflicto con otros derechos, suponen situaciones complejas. Cuando la expansión de una libertad o de un derecho entra en conflicto con otra libertad, ese plexo de derechos aumenta su frontera. En esta frontera de la libertad, se hace un intercambio y el valor de un derecho se mide en el valor con el intercambio de otro derecho. En general, el costo de oportunidad de aumentar la extensión de una libertad equivale al valor en la disminución resultante de otras libertades.

El **análisis de costo beneficio** mide el valor por su precio y costo, si un tribunal aplica este método para decidir la extensión de una libertad dada al ciudadano por el derecho, el tribunal podría encontrar la extensión óptima de la libertad al comparar la demanda de ella por los ciudadanos y el costo de aumentar su oferta.

### **Las libertades como bienes públicos**

En el análisis precedente se analizó la libertad como bien privado. Esta descripción puede llevar a alguna confusión ya que cada persona puede tener una cantidad diferente del mismo bien privado. Sin embargo, las instituciones democráticas típicamente garantizan las mismas libertades para todos. Si se tratan las libertades como bienes públicos se oculta la limitación de la igualdad.

Teniendo en cuenta la limitación de la igualdad, la libertad de una persona no puede cambiar sin un cambio similar en la libertad de todos. Mi libertad de expansión no puede cambiar sin un cambio similar en la libertad de todos.

Esto plantea que una persona tenga la voluntad de pagar más que lo que ahora puede por tener más libertad y podría hacerlo si tuviera más riqueza. Esto lleva a pensar dónde elegir un punto equilibrado entre diferentes aspiraciones de derechos para diferentes posiciones de riqueza.

Una democracia moderna incluye muchos ciudadanos cuyas demandas agregadas determinan la oferta óptima de bienes. Si asumiéramos que la nación consiste solamente en dos personas, una rica y una pobre, con diferentes utilidades, cada una recibe la misma cantidad de libertad. El valor de la libertad tal como puede ser medido por un análisis de costo beneficio es igual a la suma de lo que las dos personas pagarían por él. Se pueden incluir más personas en el

estado, se requiere la suma de las curvas de demanda para obtener la demanda agregada.

En el óptimo de costo beneficio, el costo de aumentar la extensión de la libertad por un monto pequeño es igual al agregado de lo que las personas están dispuestas a pagar por el aumento. Si un tribunal aplicara este método para decidir la extensión de la libertad concedida a los ciudadanos por la ley, el tribunal podría ubicar la extensión óptima de la libertad por la comparación de la demanda de esa libertad por los ciudadanos y el costo de aumentar su oferta.

En el caso de los bienes públicos, todos recibimos la misma cantidad del bien pero las diferentes personas lo valoran diferentemente. Esta es una característica de los bienes públicos como la seguridad, el aire puro o la utilización de una plaza. En cambio, la demanda de bienes privados como zapatos o automóviles, se agregan sumando las curvas de demanda horizontalmente porque cada uno en un mercado libre paga el mismo precio y diferentes personas compran cantidades diferentes. Tratar a las libertades como bienes públicos enfatiza la limitación de la igualdad de acuerdo con la cual todos tienen la misma cantidad de cada libertad proporcionada por el estado, aún cuando personas diferentes valoren las libertades en forma diferente.

### **La discriminación y su valoración. Washington vs. Davis 426 U.S. 229 (1976)**

Argumentado el 1 de marzo de 1976, decidido el 7 de junio de 1976 por voto de 7 a dos; White para la Corte, Brennan y Marshall en disenso. Este caso incluyó el estándar requerido para mostrar discriminación racial inconstitucional, específicamente la distinción entre leyes que tienen un impacto parcialmente desproporcionado y leyes adoptadas con un propósito o intento racial discriminatorio.

El caso se originó en 1970 con una demanda hecha por los oficiales de policía afro americanos y por aspirantes sin éxito en contra del Departamento de Policía Metropolitano del distrito de Columbia. La demanda alegaba que las políticas de ascenso y de contrato del Departamento eran discriminatorias en el ámbito racial. Los aspirantes rechazados argumentaron que el uso por parte del departamento de una evaluación personal escrita (evaluación 21), en el que un número alto de aspirantes afro americanos fallaba, violaba la igualdad de protección componente de la cláusula del debido proceso de la quinta enmienda así como algunas leyes federales y del distrito de Columbia.

La Corte del distrito se volcó a favor del departamento de policía. En la apelación, la decisión se revirtió. La cámara de apelaciones, examinando si la evaluación 21 discriminaba inconstitucionalmente a los afro americanos, se basó en una previa decisión de la Corte

Suprema, *Griggs vs. Duke Power Co.* (1971). En *Griggs*, que desarrolló estándares para interpretar la prohibición en la discriminación laboral en el Título VII de la ley de derechos civiles de 1964, una muestra de impacto desproporcionado fue suficiente para notar un caso de discriminación racial inconstitucional. Aplicando el estándar de *Griggs*, la cámara de apelaciones sostuvo que debido a que en 4 oportunidades fallaron la evaluación 21 tanto blancos como negros y debido a que la evaluación no había sido enseñada para ser una medida adecuada de performance de empleo, la Constitución había sido violada. Encontró que la evaluación 21 tenía un impacto discriminatorio en el ámbito racial sin una justificación adecuada para su uso.

La Suprema Corte revirtió la decisión de la cámara de apelaciones, encontrando que había aplicado erróneamente estándares desarrollados para el Título VII a la Constitución. Rechazó de llano el reclamo de impacto desproporcionado como suficiente para notar un caso de discriminación racial inconstitucional. En vez, la Corte sostuvo que un intento o propósito de discriminar debería estar presente para que hubiera una violación constitucional. La Corte citó numerosas opiniones en discriminación de jurados, distribución legislativa, y casos de segregación en los colegios para mostrar que sus decisiones siempre requirieron una muestra de intento o propósito discriminatorio en el ámbito racial para sostener una discriminación inconstitucional. Así, el requerimiento del Título VII de una muestra de discriminación racial ilegal difería de la muestra requerida para que ese caso estuviera por debajo de la Constitución.

La Corte también se refirió a la cuestión de qué podría contar como prueba de un intento o propósito de discriminación racial. Sostuvo que un propósito racialmente discriminatorio podía ser inferido de la totalidad de hechos relevantes, incluyendo el impacto desproporcionado. Esta evaluación relativamente débil fue considerablemente fortalecida, para desventaja de los litigantes de los derechos civiles, en ***Personnel Administrator vs. Feeney*** (1979).

Centrándose en la evaluación 21, la Corte argumentó que el hecho de que más gente de color que blancos fallara la evaluación, no demostraba que a los actores originales les denegaran la igualdad de protección. Encontró a la evaluación neutral y racionalmente relacionada a un propósito de gobierno legítimo, el avance moderno de las habilidades comunicativas de los empleados de gobierno. La Corte tomó nota de los esfuerzos del departamento de reclutar oficiales negros y del cambio de la composición racial de las clases de reclutas. Poniendo la totalidad de las circunstancias juntas, no se encontró ninguna violación constitucional.

En su opinión de disenso, los ministros William J. Brennan y Thurgood Marshall argumentaron que el departamento falló en

mostrar que la evaluación 21 estaba suficientemente relacionada al empleo de un oficial de policía.

Mientras que el caso permanece como buena ley, fue criticado sobre varias bases. Primero, la Corte dio poca explicación de cómo mostrar el intento o propósito discriminatorio. Aparte de los pocos casos donde las leyes o políticas discriminan en sus narices o son administradas con una tendencia racialmente discriminatoria, ¿qué sirve como prueba? Segundo, como sugirió el ministro John Paul Stevens en su opinión concordante, la distinción entre propósito discriminatorio e impacto discriminatorio no siempre está clara. De hecho, si el impacto racialmente discriminatorio es evidencia del intento racialmente discriminatorio, como dice la Corte, ambos estándares colapsan . Tercero, como a menudo es argumentado, la decisión ignora el hecho de que una ley o política carente de intento o propósito discriminatorio puede desarrollarse a los efectos presentes de discriminación pasada para producir resultados idénticos. Por ejemplo, si la intención de la evaluación 21 era discriminar, y en 4 oportunidades la reprobaban tanto blancos como negros, sería inconstitucional, pero si no hubiera tal intento, y el resultado fuera idéntico debido a una historia de segregación escolar que aún se estuviera sintiendo, no ocurriría ninguna violación constitucional.

## **Capítulo**

### **Los derechos del consumidor y la defensa de la competencia como garantías constitucionales.**

La **defensa de la competencia**, también llamada normas antimonopolio, se caracteriza por asegurar la **maximización del bienestar general**. El Estado por mandato constitucional también debe preocuparse por defender los intereses de los consumidores. (Art. 42 de la Constitución) Aún partiendo de la idea que los consumidores no son ingenuos y que las empresas no tienen como objetivo único estafarlos hay problemas que hacen difícil que las fuerzas del mercado funcionen libremente y puedan asegurar en todos los casos una defensa adecuada de los intereses de los consumidores. Se mencionan generalmente los diferentes temas:

#### **Firmas oportunistas.**

Una empresa que tenga mucho que perder si reduce su demanda porque sus consumidores se consideran insatisfechos por recibir una calidad inferior a la prometida tendrán más incentivos a cumplir con sus compromisos que otra que accede al mercado por poco tiempo. Cuanto mayores sean los activos expuestos de la firma o de las empresas a una reducción de la demanda menor será el incumplimiento del acuerdo. Esta es la utilidad de las marcas comerciales, la publicidad u otros activos específicos del producto que se vende, porque estas inversiones podrán recuperarse solo si se mantiene la demanda. En general existirá una penalización del mercado para aquellas empresas que violan sus compromisos. Se reducirá su demanda en el futuro y no podrán recuperar sus inversiones. Este incentivo es menos poderoso para los productos que se compran en forma espaciada y para las empresas oportunistas que entran a un mercado por corto tiempo y que tienen marcas comerciales de escaso valor o que no utilizan publicidad.

#### **Las asimetrías de información.**

Es razonable suponer que las empresas tienen mayor conocimiento que los consumidores del producto que venden. Por ello existen dos trabas potenciales para que los consumidores reciban la calidad que esperaban al momento de compra. La selección adversa y el incentivo a sub-asegurarse por defectos de calidad. En el caso de la selección adversa los consumidores no conocen con precisión la calidad de cada uno de los bienes que se venden en el mercado. Esta simetría de información puede llevar a que los productos que se comercialicen sean de una calidad inferior a la deseada porque nadie está dispuesto a pagar por obtener mejores atributos si no tiene alguna certeza de que va a recibirlos efectivamente. El precio promedio del mercado va a reflejar la probabilidad de que existan bienes de inferior calidad y esto desalentará a los productores que quieren ofrecer un producto más sofisticado. Este problema puede ser resuelto en algunos casos porque

existen mecanismos para premiar a quien brinda una mejor calidad. Allí aparece nuevamente el papel de las marcas comerciales, la publicidad o los activos específicos que pueden convertirse en una señal para los consumidores acerca que el oferente tiene algo que perder si no cumple con sus promesas de calidad.

El segundo problema de la asimetría de información se refiere a una tendencia de los consumidores a sub-asegurarse por los defectos de calidad de los bienes adquiridos. Si quien compra el bien conociera perfectamente todos los riesgos que existen por el uso de un producto, tantos los presentes como los futuros podría hacer una elección que incluyera todos los costos, es decir el precio del bien y los costos asociados a un eventual daño en el futuro si se concreta el siniestro ex post. Entre otras alternativas y si tienen aversión al riesgo podría asegurarse en el mercado. El problema surge cuando el consumidor no puede evaluar con relativa precisión estos costos eventuales. En este caso existirá una tendencia a solicitar una calidad inferior a la deseable que es la que hubiera ocurrido si no hubiera existido la información deficiente.

Si existen **asimetrías de información** entre los consumidores y las empresas es posible que estas últimas al lanzar un producto al mercado no internalicen todos los costos que existen asociados a tal decisión. Se trata de una externalidad negativa a la cual el mercado no le pone un precio, existirá un daño a los consumidores mayor que el deseable. Una solución para estas externalidades es crear mecanismos que permitan internalizar el nivel de las empresas todos los costos sociales. Una manera es la reglamentación que obliga a las empresas a indemnizar en este caso el gobierno normalmente establece un nivel de calidad y establece sanciones administrativas por el incumplimiento de dichas normas. Esto se justifica en los casos que el gobierno pueda tener alguna ventaja de conocimiento clara sobre el propio consumidor. O en los casos donde se puede dar información a los consumidores sin generar un costo importante a las empresas, o que estas no tienen ningún incentivo a proporcionar.

**La alternativa es la solución judicial.** Generalmente para que esta funcione se requiere un sistema de responsabilidad objetiva. Bajo este sistema el afectado solo debe probar que el consumo de un producto determinado le causó un perjuicio y la empresa debe indemnizarlo independientemente de la culpa que haya tenido al fabricarlo. En este caso el Poder Judicial aparece como el regulador. Tiene ventajas considerables el sistema judicial. El primero es que se trata de un órgano que no puede ser capturado por los grupos de presión, luego también las características del proceso adversarial que asegurarán una correcta valuación de las circunstancias del caso estableciendo procedimientos conocidos y generalmente mucho más rápidos que los de un sistema administrativo.

La responsabilidad objetiva permite internalizar los costos eventuales de daños sobre los consumidores y por lo tanto es preferible en los casos en que no se puede esperar que el consumidor adopte a bajo costo medidas de prevención. Fundamentalmente el criterio de responsabilidad objetiva es el más adecuado en los casos en que el riesgo es muy difícil de percibir por el consumidor y que resulta óptimo que el riesgo lo asuma la firma. En este sentido la responsabilidad objetiva **actúa como un impuesto. Uno de los problemas es que las empresas probablemente aumenten el precio de sus productos para asegurar los riesgos de demandas futuras pero este es un precio que debe asumir el consumidor para tener productos seguros.** Además el aumento de precios serviría como **una suerte de seguro** cuyo costo se difundiría a través de **todos los consumidores** en lugar de ser sufrido exclusivamente por aquellos que tienen productos defectuosos.

Un argumento contrario a la existencia de la responsabilidad objetiva es que la búsqueda de la mayor protección se haya reducido los incentivos a la innovación y al desarrollo de nuevos productos ante el riesgo de enfrentar demandas judiciales si aparece algún problema en el futuro. Esto puede tener importantes costos sociales, ya que podría haber mejoras en la calidad de vida de los consumidores que se postergan hasta que exista un número importante de pruebas que aseguren que no existirá riesgo de litigio. Sería un retraso de innovación, pero por otra parte no debe ignorarse que la situación contraria sería que las pruebas serían realizadas por el consumidor a su costo. Es decir quien compra un nuevo producto estaría comprobando su eficacia o no y eso lo haría a costo del consumidor y no a costo de la empresa. Uno de los objetivos de la aplicación de una solución judicial y de la responsabilidad objetiva es que se internalizan costos que de otra manera serían difusos. Para la eficacia del sistema se requieren bajar los costos de los litigios del sistema judicial estableciendo un sistema judicial de fácil acceso y que permita resolver rápidamente por medio de la conciliación o de la mediación los conflictos en materia de defensa del consumidor.

Los jueces tienen la ventaja de actuar ex post y cuentan además con pericias y con información económica aportadas por las partes. Las organismos reguladoras intervienen ex ante y muchas veces tienen no solo información imperfecta sino información sesgada provista generalmente por grupos de interés interesados en una solución.

**El tema de la defensa del consumidor debe concentrarse en los problemas de las firmas oportunistas, la asimetría de la información y las externalidades.** También hay que tener presente que el consumidor no está obligado a comprar todos los bienes sino que también la restricción al consumo de algunos productos que pudieran ser defectuosos es un acto que aumenta el poder del consumidor. La responsabilidad objetiva tiene un carácter de seguro

generalizado y debe tenerse en cuenta que pueden haber duplicaciones por la existencia de otros mecanismos de seguros. En presencia de costos de transacción la generalización del seguro a través del seguro a través del criterio responsabilidad objetiva es la solución menos costosa. Pero el problema de los costos de transacción se arregla mejor permitiendo que los afectados actúen a través de una acción de clase en forma conjunta y no obligando a todos a comprar un seguro que no todos los consumidores están dispuestos a pagar. El mayor peso legal que se pone sobre los responsables de marcas ayuda a resolver el problema porque brinda un marco más propicio de la solución de mercado al extender la solidaridad a la empresa titular de la marca. Si no fuera así, la pena por defecto de sus productos estaría restringido solo a las menores compras futuras y no se enfrentarían sanciones adicionales. Debe recordarse que **la penalización de mercado vía la pérdida de ventas futuras es más potente cuanto mayor es la frecuencia de compra del producto y los defectos son visibles**. La solución al problema de las externalidades requiere alguna forma de intervención por el Estado. Esta es más necesaria en los casos menos visibles para los consumidores que es donde habitualmente existe alguna forma de reglamentación pública. La utilización de la administración de justicia o de una agencia específica en la administración para la defensa de los consumidores puede contribuir a la solución de algunos problemas ya que tiene la ventaja de actuar ex post sobre casos concretos, y si las penalidades son adecuadas puede servir como disuasivo frente a futuros comportamientos oportunistas. En general si la acción es de una agencia gubernamental corresponde que la agencia actúe respetando el sistema adversarial, es decir, poniendo al funcionario que decide frente a las dos partes en este procedimiento administrativo. De esta manera si bien no se trata de un proceso judicial estricto tiene todas sus características y por lo tanto sus beneficios.

En los casos de compras poco frecuentes donde el riesgo es menos visible y el daño es difícil de cuantificar ex ante la reglamentación administrativa o un criterio de responsabilidad objetiva parecen preferibles. En el caso de nuevos productos la solución a través de un procedimiento administrativo con control judicial posterior es preferible siempre que en el procedimiento administrativo se garantice el proceso adversarial. Para resolver el problema de las externalidades en materias de derecho del consumidor como en cualquier otro caso siempre esta presente la solución propuesta por Coase. Esta permite a las partes negociar una solución que sea eficiente para ambas. En este caso la función estatal se concentraría en la reducción de costos de transacción.

### ***Defensa de la competencia.***

La defensa de la competencia está asociada a la legislación antimonopólica. La visión tradicional se basa en el paradigma de



estructura conducta desempeño. De esta manera se entiende que la estructura de los mercados influye sobre la conducta de sus actores y por lo tanto afecta el desempeño. Esto lleva a la idea que la concentración en los mercados debe ser castigada de por sí. Debe haber excepciones a este principio cuando en un mercado este concentrado porque las empresas mayores son las más eficientes. Y preferir un número mayor de empresas puede resultar en mayores costos y por lo tanto en un menor nivel de bienestar general. El objetivo de la legislación antimonopólica debe ser la maximización del bienestar general y el Estado debe preocuparse por defender los intereses de los consumidores. El problema que generan los monopolios y oligopolios se basa en la reducción en la cantidad ofrecida al mercado por quienes poseen una posición dominante ello tiene un impacto sobre los precios que perjudica a los consumidores y genera una pérdida de eficiencia económica. El gobierno interviene en este contexto para evitar estas consecuencias negativas y asegurar una solución competitiva. Las leyes antimonopolios se basan en dos principios. Asegurar el poder del mercado y limitar el dominio que ejercen las empresas líderes. Limitar el poder del mercado significa procurar reducir la habilidad de ejercer ese poder. Este depende del número de empresas, de la facilidad de entrada y de la existencia de bienes sustitutos. El dominio que puede ejercer una empresa líder depende de su tamaño absoluto, de su grado de integración con sus proveedores y de su habilidad para determinar la viabilidad económica de sus competidores.

### **Oligopolio y barreras a la entrada.**

En el oligopolio existe un equilibrio cooperativo en distintos oferentes del mercado. Para que sea eficaz generalmente los oligopolios buscan generar barreras a la entrada al mercado para otros productos o para productos de otras empresas que puedan competir con ellos. Para que estas barreras sean eficaces deben ser consistentes intertemporalmente. Es decir, cuando una empresa nueva desea probar la barrera quienes están en el mercado tienen un incentivo para desatar una guerra de precios para castigarlas. Existen dos alternativas posibles que son consistentes: Las inversiones hundidas y la reputación. En el caso de las inversiones hundidas la empresa que ya está en el mercado tiene la posibilidad de reducir sus precios hasta el nivel de los costos variables y desalentar la entrada de nuevos actores que a esos precios no tienen ningún incentivo para ingresar. La estrategia es consistente porque el costo de oportunidad de las inversiones hundidas luego de que fueron realizadas es cero. En este contexto los sectores que presenten importantes inversiones hundidas como es la existencia de costos fijos muy elevados o un contenido de publicidad para posicionarse en el mercado, serán a priori las que puedan tener mayores problemas. Sin embargo hay que tener en cuenta que las inversiones hundidas tienden a dificultar la entrada en los mercados pero también su salida. Haciendo más difícil el

desplazamiento de los competidores existentes algunos temas por ejemplo el de publicidad se deprecian con relativa rapidez y por lo tanto pueden dejar de ser relevantes como barrera. En el caso de la reputación una empresa puede ganarse la reputación de hacer guerra de precios si actúa en varios mercados diferentes. Cuando se produce la entrada en uno de ellos y a pesar que no le convenga mirando únicamente ese mercado la empresa desata una guerra de precios para hacer quebrar a quienes intentaron entrar. La idea es que de ese modo la empresa se gana una reputación que desalienta la entrada en otros mercados y ello le permite recuperar las pérdidas realizadas en el primer mercado donde se observó la entrada o el ingreso. El problema con este tipo de análisis es que no es muy aplicable en la práctica porque no existen muchas empresas que actúen en varios mercados y a la vez tengan capacidad de fijar precios en ellos. Hay otras razones, la práctica de la ley antimonopolio se adopta una teoría más simple. Aún cuando tenga problemas serios en el mundo real. Una empresa que se expande lo hace generalmente porque ha logrado alguna reducción de costos globales incluyendo costos de producción o de comercialización o de información y ha desarrollado productos mejores.

**Atacar la concentración como objetivo es un error, porque puede significar una penalización para quienes invirtieron para lograr reducciones de costos o mejores productos.** Los mercados se concentran por las economías de escala u otras ganancias de eficiencia de empresas más eficaces que terminan aumentando su participación en el mercado.

Los carteles de productores tienen una debilidad intrínseca. Para poder aumentar los precios por encima de los valores de competencia es necesario que se acuerde una restricción de las cantidades producidas para cada empresa oferente. Pero luego de concretada la suba de precios cada empresa tiene un incentivo a violar el acuerdo aumentando su producción por encima de lo que hubieran realizado en condiciones competitivas ya que el precio es mayor. La clave para la permanencia de cualquier cartel pasa por encontrar mecanismos que permitan disciplinar a las empresas participantes. Generalmente para esto se utiliza la ayuda del Estado. Para determinar si un acuerdo de productores es factible deben darse algunas condiciones que podríamos mencionar.

- A) Pocos vendedores. Cuanto menor sea el número de oferentes mayor posibilidad de concretar un cartel exitoso.
- B) Producto homogéneo. Si el producto es homogéneo es más fácil detectar eventuales descuentos realizados por los integrantes del cartel para captar un mayor volumen de ventas.
- C) Mayor elasticidad de la demanda. Cuanto menor sea la elasticidad de la demanda mayor será el beneficio de la cartelización.

- D) Mayor porcentaje de ventas al gobierno. Si se vende un porcentaje importante al gobierno es más difícil reducir los precios sin que ello sea detectado porque en general los precios de venta del sector público figuran explícitamente en las licitaciones.
- E) Alta variabilidad de las condiciones de mercado. Si las condiciones del mercado varían mucho es más difícil detectar los que violan el acuerdo.
- F) Situaciones de recesión en el sector. Si el sector está en recesión y las empresas enfrentan riesgo de quiebra el beneficio potencial de llegar a un acuerdo cartelizador es muy elevado.

Los gobiernos tienden a castigar los acuerdos horizontales cuando se trata de convenios de precios.<sup>22</sup> En cambio tienen una posición más generosa cuando se refieren a otras variables, por ejemplo cuando se establecen límites territoriales de venta para cada empresa que forme parte del acuerdo, cuando hay acuerdos que distribuyen grupos de consumidores, o en el caso de fusiones de empresas. Es posible sin embargo encontrar argumentos en favor de los acuerdos horizontales de precios, como es el caso de la reducción de costos de búsqueda por los consumidores al eliminarse la variación de precios, y también porque favorecen las economías de escala. Pero aparece como razonable que se los trate en forma más preventiva que a otros potenciales problemas. Sin embargo no hay coincidencia sobre si conviene prohibirlos. Una prohibición tiene la ventaja que reduce los costos legales, pero tiene un costo debido a las eventuales ganancias de eficiencia que se hubieran logrado de habérselos tratado con un criterio caso por caso. En los hechos este último, el criterio caso por caso fue el objetivo central de la primera ley anti monopolio en los Estados Unidos, la ley Sherman. La ley fue exitosa en reducir la cartelización privada de precios y en general fue beneficiosa a pesar de haber fomentado la competencia vía precios y desalentado otras maneras de competir.

En relación con los acuerdos horizontales, que no se centran en los precios, la principal característica son las fusiones de empresas. Un criterio es evaluar si la fusión se parece a un acuerdo de precios o la que resultaría del crecimiento interno de las empresas eficientes. Se trataría del primer caso cuando las empresas fusionadas mantienen el control de su planta de producción, elaboran bienes con marcas propias diferentes y se acuerdan en forma centralizada los precios pero no otras variables como es el caso de la calidad o los costos. En el segundo caso, que es opuesto, no debería penalizarse ya que las empresas integrarían sus procesos productivos y su administración replicando el proceso de expansión que hubiera seguido una empresa exitosa.

### ***Barreras a la entrada que favorecen la competencia.***

---

<sup>22</sup> FIEL, La reforma del poder Judicial en la Argentina. Buenos Aires. 1996. p. 233.

No todas las barreras a la entrada deben ser abolidas. Existen limitaciones a la entrada que favorecen a los consumidores. En primer lugar los derechos de propiedad son una barrera a la entrada de otros agentes económicos y sin embargo son indispensables para el buen funcionamiento del mercado. Es el mismo caso de las patentes que conforman una barrera al uso de un invento por un número limitado de años. Esta restricción existe para afectar el desarrollo de nuevos productos si se aboliera se beneficiarían los consumidores actuales que accederían a precios inferiores pero se perjudicaría a los consumidores futuros que tendrían menos productos nuevos ante la falta de incentivos que existirían para desarrollarlos. Este compromiso ante los agentes económicos de hoy y los del futuro es el que trata de solucionar de alguna manera una barrera como la patente. En el caso de la publicidad esta puede servir a los consumidores para ganar información sobre productos cuya calidad no es fácilmente detectable en el momento de la compra. Una empresa que invierte sumas importantes en una campaña sobre un bien determinado esta comprometiendo una inversión importante que solo puede recuperar si se vende ese producto. Por lo tanto esta inversión hundida en publicidad le da un incentivo a no engañar a los consumidores. Por otra parte la publicidad tiene un carácter en favor de la competencia. En un mundo hipotético donde se la prohibiera la entrada de nuevas empresas al mercado sería mucho más difícil. Dada la existencia de costos de información que impiden conocer la calidad de todos los productos que se ofrecen, los consumidores tenderían a preferir a las firmas existentes confiando en su reputación y en la tradición de hacer negocios con ellas. La publicidad permite competir más fácilmente a las empresas nuevas que carecen de esa reputación y en consecuencia tiene una faceta en favor de la competencia. La verdadera barrera de entrada al mercado esta dada por una presencia de costos de información y probablemente la publicidad ayude a reducirlos en alguna medida.

### **Los acuerdos verticales.**

Los acuerdos verticales se producen entre una empresa y sus proveedores o distribuidores y son generalmente aceptados por la legislación. En un mundo donde la información existente es imperfecta y donde es costoso adquirirla las restricciones verticales pueden reducir externalidades y evitar comportamientos oportunistas por parte de los distribuidores o proveedores. Es el caso en que una empresa fije los precios de venta de sus distribuidores. El objetivo perseguido puede ser lograr que se provean determinados servicios al consumidor que no serían provistos si los precios fueran libres. Imaginemos el caso de una empresa que posee una marca con reputación comercial y que por lo tanto brinda a través de su logo información a los consumidores respecto de la calidad de los productos que comercializa. Es el caso de las empresas muy

conocidas que comercializan sus productos a través de franquicias y que a cambio de un porcentaje de la facturación o por un pago o un canon mensual fijo se encargan de hacer toda la publicidad de la cadena de ventas y de controlar que cada uno de los locales mantenga una calidad adecuada. En caso contrario, si no existieran tales controles el consumidor perdería la información en este caso fijada a un estándar que era valiosa para él y consumiría menos en los locales de esta marca. Y al mismo tiempo el prestigio de la marca sufriría.

El problema que tiene la empresa es asegurar que una vez firmado un contrato de franquicia el propietario del local mantenga esa calidad porque cada uno de los vendedores minoristas tiene un incentivo a adquirir insumos más baratos y de menor calidad para abusar de la confianza del consumidor que confía en el prestigio de la marca. Esto crea una externalidad negativa a los otros minoristas que respetan la calidad. Para evitar este free ride la empresa debe contar con medios para penalizar a los infractores. Una alternativa son los controles periódicos a los locales de venta, pero es muy difícil que una sola herramienta pueda ser totalmente eficaz en vista de la gran rotación y variedad de los productos que pueden existir en algunos de estos casos. Otra posibilidad sería la integración vertical, es decir, que la empresa dueña de la marca fuera dueña directa de todos los locales de venta. Pero esta alternativa involucra mayores costos globales porque sino la empresa hubiera adoptado esta estrategia desde el inicio. La tercer alternativa que es la más utilizada en los casos de franquicias son las restricciones verticales. Podemos hacer una lista de diferentes casos de este tipo.

- 1) Exigencia de hacer un depósito a nombre de la compañía. Generalmente se solicita que el depósito no pueda ser revocado. La lógica es la siguiente, si se cumple con la calidad pactada se devuelve el depósito al terminar la relación comercial, en caso contrario se pierde junto con la franquicia.
- 2) Obligación de construir el local de venta en un terreno alquilado por la corporación. Es evidente en este caso se pierde el valor de toda la obra si se termina la relación comercial en forma abrupta.
- 3) Fijación de un precio de venta mínimo o único. En este caso se impide que los franquiciados compitan vía precios al adquirir insumos de menor calidad. Al asegurarles una cuasi renta y restringirles la competencia vía precios se los induce a competir vía calidad, evitando un comportamiento oportunista y la externalidad sobre el dueño de la marca y el resto de los minoristas.
- 4) Compras atadas de insumos. La empresa obliga a sus distribuidores a abastecerse en determinados proveedores para asegurar una calidad uniforme y lograr una segunda instancia de control, el proveedor que tiene un incentivo para auditar que solo se usen sus productos.

En otros casos es posible que convenga fijar precios máximos de venta, es el caso de una capacidad de producción de refinerías de petróleo que aumentan sus ingresos si se incrementan sus ventas físicas. Existe bastante evidencia de que los distribuidores minoristas tienen alguna capacidad de mercado en su región. Si la intentan explotar a través de los aumentos de precios aumentarán sus beneficios pero a costa de reducir las ventas de la refinería. En este contexto la industria puede adoptar una política de precios de venta máximos para evitar que los minoristas ejerzan su poder de mercado.

### **Precios Predatorios.**

Los **precios predatorios se definen como el intento de desplazar a uno o más competidores reduciendo los precios de venta por debajo de los costos para hacerles incurrir en pérdidas y luego ganar una posición de monopolio en el mercado. Son la versión doméstica del dumping en el comercio internacional.** Las bases de este razonamiento no son concluyentes. En primer lugar **nadie vende por debajo de sus costos.** Quien decide iniciar una guerra de precios está invirtiendo para lograr una posición de monopolio que le retribuya su erogación inicial. Esto plantea varias dudas. Por una parte **nadie puede tener la certeza de que una vez ganada la guerra de precios le será posible subir los precios sin generar la entrada de otros vendedores atraídos por las ventas monopólicas.** Por lo tanto la teoría de los precios predatorios tiene que estar ligada a algún tipo de barrera de entrada. Como se señalara anteriormente estas trabas deben ser consistentes intertemporalmente, es decir es el caso de inversiones hundidas o de una reputación. Por otra parte quien decide iniciar la guerra de precios sufre más pérdidas durante el tiempo que dura la disputa que los competidores que desea desplazar. Esto ocurre porque al reducirse los precios aumenta la cantidad demandada por los consumidores y alguien debe satisfacer esta demanda a los valores inferiores a los costos, en el supuesto de la teoría de los precios predatorios para evitar que suban los precios. Quien debe aumentar su producción a pérdida es precisamente quien comenzó la guerra. Esto conduce a otra de las críticas que se han formulado a esta teoría. Si el mercado de capitales fuera perfecto nunca sería rentable iniciar una guerra de precios porque los bancos deberían estar más dispuestos a financiar a los competidores en lugar del depredador que va a incurrir en mayores pérdidas. Por ellos se acepta que el dumping o los precios predatorios son más factibles cuando existen subsidios del gobierno que facilitan la actitud anticompetitiva. No existe ninguna posibilidad de distinguir una reducción de precios por motivos predatorios de otra realizada porque ha sido factible reducir los costos antes que el resto de los competidores. En realidad un motivo importante para confiar en la competencia es la dificultad para determinar los precios de equilibrio en su ausencia (en ausencia de la competencia). Penalizar supuestas acciones predatorias equivale a sacrificar una mayor competencia

cierta hoy por una supuesta mayor competencia en el futuro. **Como el dumping, los precios predatorios son más una excusa para la protección o el subsidio estatal que un hecho económico cierto.**

La legislación de defensa de la competencia tiene o debe tener un único objetivo claro: **Maximizar el bienestar general poniendo el énfasis en los consumidores.** Una norma que genera penas por casos de precios predatorios pero no para otras formas estará desvirtuando este objetivo privilegiando indebidamente a los conductores nacionales o de menor tamaño en detrimento de los consumidores. La ley debe preocuparse en los problemas de eficiencia económica y no la distribución del ingreso. Dada la dificultad que existe para detectar el nivel de ingresos o riqueza de los afectados por una medida que va en contra de la defensa de la competencia y además porque existen otros instrumentos de política económica mucho más aptos para lograr cumplir con objetivos de equidad en particular de la distribución del ingreso. No se debe utilizar la ley de defensa de la competencia como forma de promoción regional o sectorial o para privilegiar a algún tipo de empresas.

La ley de defensa de la competencia debe ser mucho más tolerante con los acuerdos verticales que con los horizontales. Los incentivos a comportarse de una manera oportunista por parte de los distribuidores de un producto, la existencia de costos de transacción que impiden a los consumidores determinar con exactitud la calidad en el momento de la compra son solo algunos ejemplos de los problemas que ciertos arreglos verticales pueden solucionar en forma eficaz. En el caso extremo en que se prohibiera cualquier tipo de restricción vertical se generaría un incentivo artificial a la integración vertical. Debe señalarse que algunos arreglos verticales pueden parecer en la superficie muy negativo para algunas de las partes. Sin embargo en un contexto donde existen alternativas no puede argumentarse que una parte tratara de exfoliar a la otra ex ante. En un acuerdo quien aceptó una cláusula supuestamente expropiatoria tiene que recibir alguna compensación por ello.

En otro lugar donde la legislación debe ser más tolerante es en los precios predatorios. La teoría que los considera nocivos para los consumidores es altamente especulativa.

La preocupación de la política antimonopólica debe centrarse en los acuerdos que a través de la reducción de la producción procuran aumentar el precio de los consumidores. Si no se posee capacidad para discriminar precios solo es posible obtener rentas reduciendo la cantidad ofrecida al mercado. Cuando existe tal posibilidad de diferenciar consumidores no es claro que convenga prevenirla, porque es difícil distinguirla de soluciones que procuran resolver otros problemas o meras violaciones contractuales que no correspondería

penalizar por medio de la legislación de defensa de la competencia, sino que deberían resolverse en un pleito aparte.

## Los derechos de propiedad.

---

### I. An Economic Concept of Property Rights

Yoram Barzel

I define *economic rights* over an asset as *an individual's net valuation, in expected terms, of the ability to directly consume the services of the asset, or to consume it indirectly through exchange.* [\[FN3\]](#) A key word is *ability*: The definition is concerned not with what people are legally entitled to do but with what they believe they can do; in other words, what they believe they control *de facto*. This definition, then, is distinct from the legal one; for instance, the title holder of a car is its legal owner, but a thief has rights to it since he might drive it, derive income out of it, or even sell it. A seller who holds legal title over a good is likely to receive more for it than if he did not hold title; nevertheless, he may be able to receive a positive amount even without title. This definition is also distinct from that of Alchian (1987). Alchian takes commodities as the object of rights. Here rights cannot be divorced from a commodity's *value*, and they may depend on the terms of exchanging goods and on others' effort to capture them. Thus, a seller loses some of his property rights if his buyers collude to keep the price low. By this definition, the difference between a buyer's and a seller's valuation of a good, a difference that is, among other things, at the heart of the gain from monopolizing, is in the domain of property rights. The definition is attractive in its immediate usefulness as people's objective is to maximize the net value of their rights. The ability to benefit from a good depends on one's effort in areas such as the measurement of the attributes of the good and its protection, which are part of maximizing behavior.

**\*395** The relationship between property rights and perfect competition is quite well understood. Under perfect competition, property rights are delineated and enforced by virtue of costless information and of costless contract enforcement. First, quality cannot be misrepresented. Second, for any given quality no one *must* sell at below the market clearing price and nobody *can* sell above that price; all individuals are price-takers, and no individual can alter another's terms of exchange. Third, those exogenous changes that result in changes in prices may alter the distribution of rights but will not lead



to wealth capture. This is so because if price changes are costlessly predictable by all, it would be impossible for anybody to take advantage of another's ignorance to affect the distribution of wealth; if price changes are not predictable they might affect the distribution of wealth but capture is impossible. Under competition, then, property rights are well defined in the sense that capture costs (including those induced by theft) are absent. [\[FN4\]](#)

The relationship between property rights and imperfect competition is more complicated. As a starting point, consider again the Coase Theorem, that resource allocation is efficient when rights are well defined and transacting costless. Coase (1960) does not define transaction costs. I define transaction costs to consist of *the costs of capturing and protecting property rights*. By this definition, transaction costs account for the *entire* difference in value between actual and Pareto situations. This definition is in the spirit of Coase, since when it is applied to the Coase Theorem the theorem holds. [\[FN5\]](#) It is evident, however, that costless transacting *results* in the perfect delineation of rights and that it is redundant to *also* require that rights are well defined.

The Coase Theorem is not conditional on the number of transactors. It is, therefore, independent of numbers. For instance, under costless transacting a person who has the right to the gains from trade for producing a commodity would (costlessly) effect perfect price discrimination, thus satisfying the Pareto conditions even though there is only one seller and regardless of the number of buyers. Consequently, although perfect competition is a sufficient condition for the absence of inefficiencies, it is not a necessary condition. On the other hand, the costless delineation of rights is both a necessary and a sufficient condition for equating marginal costs to marginal values, and hence for efficiency. I assert that when information is costless, transacting is costless and rights can be fully delineated. It is difficult to determine whether or not this assertion always holds, but it greatly simplifies the subsequent analysis and in any event has no effect on the main conclusions of this paper. In reality, of course, information, transactions, and the delineation of rights are costly, and such costs must be taken into account in the analysis of monopoly. It is worthwhile, however, to first consider the relationship between the capture of wealth and the imperfect delineation of rights in the simpler analysis of theft. Throughout the discussion I assume that all individuals are risk neutral.

Individuals must protect their property in order to prevent loss to thieves. Owners have to assess thieves' costs of theft and then decide on protective action in order to **\*396** maximize the net value of their assets. Consider first a situation where owners (and thieves) can costlessly obtain information about the costs of theft and protection. Owners will acquire only those assets whose value, net of the cost of protection, is positive and will increase their protection effort as long as the net gain is positive. An added protective step that would transform an asset from being an attractive theft target into an

unattractive one, and therefore render it “well protected,” would obviously be taken. Thieves will not attempt to steal assets they believe are well protected; when thieves differ in their ability to steal, well-protected assets are those that even the lowest cost thieves refrain from stealing. If it is clear to all ahead of time that thieves' efforts will fail, not only will thieves refrain from theft, but owners at most will have to spend resources on demonstrating their superiority, but not on protection. Thieves' and owners' rights are then truly well defined.

Turning to the case of costly information, suppose first that in deciding on their own action, thieves use exactly the same estimates as those used by the asset owners. Since owners will hold only well-protected assets and thieves will realize that, no asset will be a worthwhile target. This result ceases to hold, however, when each party makes an independent estimate, as presumably they must, and the estimates are subject to error. Some of the thieves' estimates will differ from those of the owners, and, therefore, some targets that owners deem well protected will appear attractive to some thieves. Each party is aware that either one of them can be wrong. Similar to the case of shared information, not many resources will be spent when the parties' predictions happen to be in agreement with each other. When both predict that protection will be successful, the original owners will be “allowed” to keep their assets. When both predict that theft will succeed, the owners will tend to concede their assets to the thieves without much resistance. However, the more optimistic the two together are about the outcome, the more resources they will spend. [\[FN6\]](#) But one or the other party must be wrong when they both expect to win. [\[FN7\]](#) If thieves are wrong, their theft efforts will be wasted and, of course, they may be caught; if owners are wrong, they will lose their properties to thieves.

Owners of assets worth protecting will incur protection costs. The optimal level of protection will expose them to some amount of theft, however. In other words, owners willingly, though to a limited extent, lay their assets in the public domain. Thieves, in turn, spend resources to capture assets relinquished by owners. The social cost of theft, then, is the consequence of imperfect information. It includes the direct protection and capture costs; it must, however, also include the indirect opportunity costs consisting of the net loss from altered activities (searching for a secure parking spot) as well as from activities that are avoided totally (not riding a brand new bike in a high crime area) when the cost of protection exceeds its value.

Prior contracting, which, as shown below, can reduce the cost of monopoly, can also reduce the cost of theft. Consider, for example, the theft of a store's merchandise by employees. Clearly employees are low-cost thieves, and it is attractive to induce them not to steal. Making employees part owners by tying their remuneration in with **\*397** the store's profits is a prior contract between the merchandise owner and would-be thieves that reduces the latter's incentive to steal. The analysis of theft, with the appropriate change in terminology, can

be readily applied to monopoly. The sense in which property rights are insecure is because the threat of monopoly parallels that of the insecure property rights due to the threat of theft. The costs of monopoly associated with the attempted capture of the rights to the monopoly gain and with monopoly's non-optimal use of resources are well recognized. I am concerned primarily with capture costs. Tullock (1967) and Posner (1975) were the first authors to recognize the existence of these costs. I will argue that they both erred in assessing their magnitude. The analogy with theft suggests that in their account of the capture costs of monopoly, they overlooked the cost (and the effect) of people defending themselves against monopolization. In addition, they overlooked the role of information regarding the expected success of monopolization. Monopolizing incurs costs only when different individuals arrive at conflicting estimates of its success. If all fully agree it will succeed, it will succeed without any resource expenditure.

Rights to an asset are clearly delineated if a unique rule, recognized by all, assigns the asset to a particular individual. When the rule is not unique, or not recognized as unique, then the asset lies in the public domain, at least in part. If it is valuable, people may spend resources to acquire it. Tullock's and Posner's claim that expenditures must be incurred to establish the monopoly position implies that the rights to the monopoly profit were initially unassigned and that the rent-seeking expenditures serve to transfer the monopoly profit from the public domain to the monopolist. [\[FN8\]](#) If the monopoly profit was in the public domain to begin with, there is nothing to dissipate. The question is why would such potential profit be in the public domain? An answer to this question, which is at variance with Tullock's and Posner's reasoning, is presented below.

McGee and many of those that followed his pioneering work committed an error by denying the possibility that the monopoly gain may lie in the public domain. McGee claims (1958, p. 141) that “wise men will . . . find it profitable to purchase them [the competing facilities] at some price below what the monopolist can be expected to pay if he must.” They will not, then, waste resources but rather find a way to divide the potential gains among themselves. We are not told, however, how this result is arrived at, attractive as it is. Economic reasoning merely tells us that each individual will equate his own marginal cost and marginal revenue. In the absence of an accepted division rule, that is, when the asset is in the public domain each will spend resources to gain it, “dissipation” is inevitable. The profit from the purchase of the competing facilities is not clearly assigned ahead of time in McGee's setting, and no acceptable rule seems to be available. All we can say, then, is that each of the parties will spend resources in the attempt to capture the profit.

The successful creation of a monopoly obviously means that the monopolist is the possessor of the right to the monopoly gain. Tullock and Posner assert that the attempt to capture the right to monopoly gains dissipates resources. The term *dissipation* \*398 suggests the

presence of waste, and it also suggests that these properties were lying in the public domain. But properties are not simply “found” there; they are placed (or left) there only when they are not thought of as worth protecting. Tullock and Posner fail to recognize that waste is avoidable. [FN9] Here it is potentially worth avoiding by erecting defenses to deter monopolizing. As I show below, those who stand to lose from monopoly will lower its threat when the cost of doing so, mainly by using the appropriate long-term contracts, is less than the expected loss it averts. The explicit introduction of property rights considerations facilitates this analysis. [FN10]

Defino los derechos económicos sobre un bien como la valoración neta de un individuo, en términos esperados, de la capacidad de consumir directamente los servicios de los activos, o lo consumen indirectamente, a través del intercambio. [FN3] Una palabra clave es la capacidad: La definición no se refiere a lo que la gente tiene derecho legal a hacerlo, pero con lo que ellos creen que pueden hacer, en otras palabras, lo que ellos creen que controlan de facto. Esta definición, entonces, es distinta de la legal, por ejemplo, el titular de un coche es su propietario legal, pero un ladrón tiene derechos sobre ella ya que podría conducir, obtener ingresos fuera de él, o incluso venderlo. Un vendedor que tiene título de propiedad sobre un bien es probable que reciba más por lo que si no tienen título, sin embargo, puede ser capaz de recibir una cantidad positiva, incluso sin título. Esta definición también es distinta de la de Alchian (1987). Alchian toma las materias primas como el objeto de los derechos. Aquí los derechos no puede separarse del valor de una mercancía, y que puede depender de los términos de intercambio de mercancías y en el esfuerzo de los demás para capturarlos. Por lo tanto, un vendedor pierde parte de sus derechos de propiedad si sus compradores conspiran para mantener el precio bajo. Según esta definición, la diferencia entre un comprador y la valoración de un vendedor de un bien, una diferencia que es, entre otras cosas, en el corazón de la ganancia de monopolio, es en el ámbito de los derechos de propiedad. La definición es atractivo en su utilidad inmediata como objetivo de la gente es maximizar el valor neto de sus derechos. La capacidad de beneficiarse de un bien depende de su esfuerzo en áreas tales como la medición de los atributos del bien y su protección, que son parte del comportamiento maximizador.\* 395 La relación entre los derechos de propiedad y la competencia perfecta es muy bien entendido. En competencia perfecta, los derechos de propiedad están delineadas y aplicadas en virtud de la información sin costo y de la ejecución de contratos sin costo. En primer lugar, la calidad no puede ser tergiversado. En segundo lugar, para cualquier determinada calidad que nadie debe vender por debajo del precio de equilibrio del mercado y nadie puede vender por encima de ese precio, todos los individuos son tomadores

de precios, y ningún individuo puede alterar otros los términos de intercambio. En tercer lugar, los cambios exógenos que resultan en cambios en los precios pueden alterar la distribución de los derechos, pero no dará lugar a la captura de la riqueza. Esto es así porque si los cambios de precios son sin costo predecible por parte de todos, sería imposible para cualquiera tomar ventaja de otro de la ignorancia a afectar a la distribución de la riqueza, si los cambios de precios no son predecibles que pudieran afectar a la distribución de la riqueza, pero la captura es imposible. En virtud de la competencia, entonces, los derechos de propiedad están bien definidos en el sentido de que los costos de captura (como las provocadas por el robo) están ausentes. [FN4] La relación entre los derechos de propiedad y la competencia imperfecta es más complicado. Como punto de partida, considerar de nuevo el teorema de Coase, que la asignación de recursos es eficiente cuando los derechos están bien definidos y realizar transacciones sin costo. Coase (1960) no define los costos de transacción. Defino los costos de transacción consisten en los costos de captura y la protección de los derechos de propiedad. Según esta definición, los costos de transacción representan toda la diferencia de valor entre las situaciones reales y el sentido de Pareto. Esta definición está en el espíritu de Coase, ya que cuando se aplica el teorema de Coase que el teorema se cumple. [FN5] Es evidente, sin embargo, que los resultados de costo cero que realizan transacciones en la delimitación perfecta de los derechos y que es redundante, para exigir también que los derechos están bien definidos. El teorema de Coase no está supeditada a el número de agentes. Es, por tanto, independiente de los números. Por ejemplo, en transacciones sin costo a una persona que tiene derecho a los beneficios del comercio para la producción de un bien haría la discriminación (sin costo) un perfecto efecto de precio, satisfaciendo así las condiciones de Pareto a pesar de que sólo hay un vendedor y con independencia del número de compradores. En consecuencia, aunque la competencia perfecta es una condición suficiente para la ausencia de ineficiencias, no es una condición necesaria. Por otro lado, la delineación de los derechos sin costo es a la vez una necesaria y una condición suficiente para igualar los costos marginales a valores marginales, y por lo tanto para la eficiencia. Afirmando que cuando la información es gratuita, transacciones no tienen costo y los derechos pueden ser definidos totalmente. Es difícil determinar si o no esta afirmación siempre se mantiene, pero se simplifica enormemente el posterior análisis y en cualquier caso no tiene ningún efecto sobre las conclusiones principales de este papel. En realidad, por supuesto, la información, las transacciones, y la delineación de los derechos son costosos, y estos costes deben tenerse en cuenta en el análisis de monopolio. Vale la pena, sin embargo, considerar en primer lugar la relación entre la captura de la riqueza y la delimitación imperfecta de los derechos en el análisis simple de robo. A lo largo de la discusión que supongo que todos los individuos son neutrales al riesgo. Las personas deben proteger su propiedad con el fin de evitar la pérdida de los ladrones.

Los propietarios tienen que evaluar los costos de los ladrones de robo y luego decidir las medidas de protección con el fin de \* 396 a maximizar el valor neto de sus activos. Consideremos en primer lugar una situación en la que los propietarios (y los ladrones) sin costo pueden obtener información acerca de los costos de robo y protección. Los propietarios adquieren sólo aquellos bienes cuyo valor neto del costo de la protección, es positiva y aumentará sus esfuerzos de protección, siempre que el beneficio neto es positivo. Un paso añadido de protección que podría transformar una ventaja de ser un destino atractivo en el robo de un poco atractivo, y por lo tanto, lo califica como "bien protegido", obviamente se tomarían. Los ladrones no se intentará robar los activos que creen que están bien protegidos, cuando los ladrones se diferencian en su capacidad para robar, bien protegidos los activos son aquellos que incluso más bajos que los ladrones de costos que se abstengan de robar. Si es claro para todos antes de tiempo que los esfuerzos de los ladrones va a fracasar, no sólo los ladrones se abstengan de robo, pero en la mayoría de los propietarios tendrán que gastar recursos en la demostración de su superioridad, pero no en la protección. Los ladrones y los propietarios de los derechos de los entonces verdaderamente están bien definidos. En cuanto al caso de la información costosa, supongamos primero que en la decisión sobre su propia acción, los ladrones utilizan exactamente los mismos cálculos que los utilizados por los propietarios de los activos. Puesto que los propietarios se ocupan sólo bien protegidos los activos y los ladrones se dan cuenta de que, ningún activo será un objetivo que vale la pena. Este resultado deja de tener, sin embargo, cuando cada parte hace una estimación independiente, como es de suponer que debe, y las estimaciones están sujetas a error. Algunas de las estimaciones de los ladrones serán diferentes de los de los propietarios, y, por tanto, algunos de los objetivos que los propietarios consideren bien protegido aparecerá atractivo para algunos ladrones. Cada parte es consciente de que cualquiera de ellos puede estar equivocado. Al igual que en el caso de la información compartida, y no muchos recursos se gastarán cuando las predicciones de las partes pasar a estar de acuerdo unos con otros. Cuando ambos predicen que la protección será un éxito, los propietarios originales se "permitió" a mantener sus activos. Cuando ambos predicen que el robo tenga éxito, los dueños tienden a ceder sus bienes a los ladrones, sin mucha resistencia. Sin embargo, el más optimista de los dos juntos son acerca de los resultados, más los recursos que se gastan. [FN6] Sin embargo, una o la otra parte debe de estar equivocado cuando ambos esperan ganar. [FN7] Si los ladrones se equivocan, sus esfuerzos serán en vano de robo y, por supuesto, pueden ser capturados, si los propietarios están mal, van a perder sus propiedades a los ladrones. Los propietarios de activos por valor de proteger incurrirá en los costos de protección. El nivel óptimo de protección se exponen a una cierta cantidad de robo, sin embargo. En otras palabras, los propietarios de buena gana, aunque hasta cierto punto, poner sus activos en el dominio público. Los ladrones, a

su vez, destinar recursos para captar los activos cedidos por los propietarios. El costo social de robo, entonces, es la consecuencia de la información imperfecta. Incluye la protección directa y los costos de captura, sino que debe, sin embargo, también se incluyen los costos de oportunidad indirecto que consiste en la pérdida neta de las actividades alteradas (la búsqueda de un lugar de estacionamiento seguro), así como de las actividades que se evitan por completo (no montar una marca nueva moto en una zona de alta criminalidad) cuando el costo de la protección superior a su valor. Antes de contratación, que, como se muestra a continuación, puede reducir el costo de monopolio, también puede reducir el costo de robo. Consideremos, por ejemplo, el robo de mercancía de una tienda por los empleados. Es evidente que los empleados son de bajo costo ladrones, y es atractivo para inducir a que no les robaran. Hacer que los propietarios de los empleados mediante la vinculación de parte de su remuneración en con \* 397 beneficios de la tienda es un contrato previo entre el propietario de la mercancía y los posibles ladrones de que reduce el incentivo de este último a robar. El análisis de robo, con el cambio en la terminología apropiada, puede aplicarse fácilmente a los monopolios. El sentido en que los derechos de propiedad son inseguros se debe a que la amenaza de monopolio que los paralelos de los derechos de propiedad inseguros, debido a la amenaza de robo. Los costos del monopolio asociados con el intento de captura de los derechos a la ganancia de monopolio y con organizaciones no óptima del monopolio el uso de los recursos son bien conocidos. Me preocupa sobre todo con los costos de captura. Tullock (1967) y Posner (1975) fueron los primeros autores en reconocer la existencia de estos costos. Voy a argumentar que ambos se cometió un error en la evaluación de su magnitud. La analogía con el robo sugiere que en su cuenta de los costos de captura de monopolio, se pasa por alto el coste (y el efecto) de las personas que defienden a sí mismos contra la monopolización. Además, pasaron por alto el papel de la información en relación con el éxito esperado de la monopolización. Monopolizar incurre cuesta sólo cuando los individuos llegan a diferentes estimaciones contradictorias de su éxito. Si todo totalmente de acuerdo que tenga éxito, tendrá éxito sin ningún tipo de gasto de recursos. Los derechos de un bien están claramente delineadas, si una norma única, reconocida por todos, le asigna el activo a un individuo en particular. Cuando la regla no es única, o no reconocido como único, entonces el activo se encuentra en el dominio público, al menos en parte. Si es valiosa, la gente puede gastar recursos para adquirirla. Tullock y afirmación de Posner que los gastos deben ser incurridos para establecer la posición de monopolio implica que los derechos a la ganancia de monopolio estaban sin asignar inicialmente y que los gastos que buscan alquiler de servir para transferir el beneficio de monopolio del dominio público para el monopolista. [FN8] Si el beneficio de monopolio era de dominio público, para empezar, no hay nada que disipar. La pregunta es ¿por qué el potencial de beneficio como estar en el dominio público? Una respuesta a esta pregunta, que está en desacuerdo con Tullock y el

razonamiento de Posner, se presenta a continuación. McGee y muchos de los que siguieron su trabajo pionero ha cometido un error al negar la posibilidad de que la ganancia de monopolio puede estar en el dominio público. McGee demandas (1958, p. 141) que los "Reyes Magos. . . les resulta rentable para comprar [los] recursos que compitan en algún precio por debajo de lo que el monopolista puede esperar que pague si es preciso. "No lo harán, entonces, los recursos de los residuos, sino más bien encontrar una manera de dividir las ganancias potenciales entre sí. No se nos dice, sin embargo, cómo este resultado se llega a, atractivo como es. La teoría económica nos dice simplemente que cada individuo será igual a su propio costo marginal y el ingreso marginal. En ausencia de una regla de la división aceptada, es decir, cuando el activo está en el dominio público cada una de ellas gastan los recursos para ganar, "disolución" es inevitable. El resultado de la compra de las instalaciones de la competencia no está claramente asignado de antemano en el establecimiento de McGee, y no hay regla aceptada parece estar disponible. Todo lo que podemos decir, entonces, es que cada una de las partes se gastan los recursos en el intento de capturar las ganancias. La exitosa creación de un monopolio, obviamente, significa que el monopolista es el poseedor del derecho a la ganancia de monopolio. Tullock y Posner afirman que el intento de capturar el derecho a las ganancias de monopolio se disipa recursos. La disipación de plazo \* 398 sugiere la presencia de residuos, y también sugiere que estas propiedades estaban tirados en el dominio público. Sin embargo, las propiedades no son simplemente "que se encuentra" allí, sino que se colocan (o izquierda) no sólo cuando no son considerados como dignos de protección. Tullock y Posner dejar de reconocer que los residuos se puede evitar. [FN9] Aquí es un valor potencial de evitar la erección por las defensas para disuadir a monopolizar. Como demuestro más adelante, los que pueden llegar a perder el monopolio de la bajará su amenaza, cuando el costo de hacerlo, sobre todo mediante el uso de los correspondientes contratos a largo plazo, es menor que la pérdida esperada se evita. La introducción explícita de los derechos de propiedad consideraciones facilita este análisis.

## Los Derechos de propiedad.

---

### **La visión de los Derechos de propiedad.**

La visión de los derechos de propiedad asume que el individuo promedio se comporta racionalmente y por lo tanto tratará de **obtener al mayor beneficio de sus derechos de propiedad**. Por lo tanto, podemos **predecir** en promedio y con relativo éxito, como los **derechos de propiedad específicos afectarán la asignación y**



**utilización de los recursos económicos.** Para comprender esta interpretación económica de los derechos de propiedad, tomemos como ejemplo la diferencia entre las consecuencias del usufructo por oposición al dominio. Quien tiene un derecho de usufructo no puede vender o transferir su derecho a otra parte. Por lo tanto, como individuo racional que maximiza la utilidad de su usufructo intentará explotar la tierra en forma abusiva evitando las actividades de mantenimiento, durante la extensión de su derecho. Para prevenir esos excesos el titular del dominio buscará la manera que el titular del usufructo cumpla con ciertos límites en el ejercicio de su derecho de usufructo. Por ejemplo el contrato que crea el usufructo podrá exigir que el titular mantenga la integridad económica del terreno. El cumplimiento de este tipo de acuerdos llevará tareas de agrimensura, monitoreo y otros costos de agencia que no aparecen en el caso del ejercicio pleno del dominio. Como consecuencia de este análisis señalamos que los derechos de propiedad tienen la extensión que les da la existencia de un monitoreo eficaz.

### **Los derechos de propiedad y el sistema político.**

Históricamente un gobernante absoluto, el rey, o la autoridad colonial que lo representara como centro de la autoridad pública, podía dar u otorgar derechos exclusivos a los recursos naturales o a otros bienes para favorecer a individuos. Más tarde podían entonces capturar el monopolio establecido de rentas. Lo que se desarrolló por lo tanto es un sistema en el cual fue ventajoso para las personas buscar los favores gubernamentales, esto es, una forma para los aspirantes a monopolistas a hacer gastos en orden a hacer un lobby al gobierno o a otras autoridades en general para mejorar sus posibilidades de adquirir bienes valiosos. Estos gastos de lobby en la forma de honorarios de abogados, sobornos y gastos relativos eran sin embargo recursos gastados desde el punto de vista social. En esencia la búsqueda de rentas se expone en la utilización de recursos escasos para capturar transferencias de recursos. La historia provee una gran cantidad de ejemplos que demuestran que las prerrogativas de las autoridades públicas no son necesariamente utilizadas en caminos económicamente eficientes. Independientemente de las consideraciones de eficiencia, la emergencia de derechos de propiedad debe ser vista como parte de la evolución de las formas de gobierno. En muchos casos, puede concluirse que el desarrollo de los sistemas gubernamentales se mueve desde gobernantes individuales y absolutos a gobernantes democráticos, y este proceso implica movimientos hacia una mayor eficiencia política. En un sentido la creación de un Estado constitucional trae una mayor eficiencia pero sería equivocado asegurar que el resultado es la eficiencia de los mercados políticos de la misma manera que significamos la eficiencia de los mercados económicos. El número de partidos que operan en el juego político es demasiado pequeño para ese fin. La ignorancia racional de parte de los votantes va a aumentar la función, en muchas

situaciones, de percepciones subjetivas incompletas jugando una parte importante en las elecciones de candidatos o en la decisión de cuestiones. El argumento es que las reglas políticas formales, como las reglas económicas formales, están designadas para facilitar el intercambio, pero la democracia en el Estado no se puede igualar con los mercados competitivos en la economía.

Alberdi en el Sistema Económico y Rentístico asocia a la propiedad con el trabajo.

*La libertad de usar y disponer de su propiedad es un complemento de la libertad del trabajo y del derecho de propiedad; garantía adicional de grande utilidad contra la tendencia de la economía socialista de esta época, que, con pretexto de organizar esos derechos, pretende restringir el uso y disponibilidad de la propiedad (cuando no niega el derecho que ésta tiene de existir), y nivelar el trabajo del imbécil con el trabajo del genio.*

*Se ha visto que la riqueza, o bien sea la producción, tiene tres instrumentos o agentes que la dan a luz: el trabajo, el capital y la tierra. Comprometida, arrebatada la propiedad, es decir, el derecho exclusivo que cada hombre tiene de usar y disponer ampliamente de su trabajo, de su capital y de sus tierras para producir lo conveniente a sus necesidades o goces, y con ello no hacéis más que arrebatar a la producción sus instrumentos, es decir, paralizarla en sus funciones fecundas, hacer imposible la riqueza. Tal es la trascendencia económica de todo ataque a la propiedad, al trabajo, al capital y a la tierra, para quien conoce el juego o mecanismo del derecho de propiedad en la generación de la riqueza general. La propiedad es el móvil y estímulo de la producción, el aliciente del trabajo, y un término remuneratorio de los afanes de la industria. La propiedad no tiene valor ni atractivo, no es riqueza propiamente cuando no es inviolable por la ley y en el hecho.*

*Pero no basta reconocer la propiedad como derecho inviolable. Ella puede ser respetada en su principio, y desconocida y atacada en lo que tiene de más precioso –en el uso y disponibilidad de sus ventajas–. Los tiranos más de una vez han empleado esta distinción sofisticada para embargar la propiedad, que no se atrevían a desconocer. El socialismo hipócrita y tímido, que no ha osado desconocer el derecho de propiedad, ha empleado el mismo sofisma, atacando el uso y disponibilidad de la propiedad en nombre de la organización del trabajo. Teniendo esto en mira y que la propiedad sin el uso ilimitado es un derecho nominal, la Constitución argentina ha consagrado por su artículo 14 el derecho amplísimo de usar y disponer de su propiedad, con lo cual ha echado un cerrojo de hierro a los avances del socialismo.<sup>23</sup>*

### **¿Quién es propietario de qué?**

---

<sup>23</sup> Sistema Económico y Rentístico. *Editorial Luz del Día*. 1954.

Esta es una pregunta básica, en los hechos, en la ética que se aplica, y que se plantea con variaciones a través de la historia. La existencia de objetos físicos y cosas en general requieren que exista una regulación entre las personas con respecto a la expropiación y a la utilización de esas cosas. Las relaciones de comportamiento aprobadas y reconocidas son indispensables en un mundo de escasez. A pesar que este entendimiento está generalmente aceptado el debate sobre si la propiedad debe ser privada, es decir individual, o social ha sido un tema que ha llevado a los debates más profundos en la historia de las ideas y particularmente en el último siglo. Si bien recientemente la propiedad social de los medios de producción ha desaparecido como una teoría aplicada esto no significa que termine el debate entre filosofías que sostengan la propiedad privada o social de los medios de producción. La discusión entre el individualismo y el colectivismo tiende a continuar en otros temas, aparecen las cuestiones sobre el medio ambiente, la inmigración y la política del desarrollo y el conflicto que plantean esas visiones del derecho para los derechos de propiedad.

Da la impresión que la inestabilidad de los derechos de propiedad sobre bienes conjuntamente con la escasez es un impedimento principal al bienestar social. **Hume** sostiene que la (i) **estabilidad de la posesión** es una de las **tres leyes fundamentales de la naturaleza sobre cuya observancia estricta depende la paz y la seguridad de la sociedad humana**. Las otras normas cruciales son la (ii) **transferencia de la propiedad por consentimiento** y (iii) el **cumplimiento de las promesas**.

Desde **un punto de vista puramente neoclásico** la idea de los derechos de propiedad no está considerado porque eso sería parte de un análisis de los costos de transacción. La existencia de transacciones sin costo significaría que los tres principios fundamentales de Hume se aplicarían en forma rutinaria. Esto es así porque cualquier desviación de el comportamiento apropiado sería detectado instantáneamente y resuelto sin costo. En un mundo sin fricciones es irrelevante para los resultados económicos si los recursos son parte de la propiedad o solamente se ejercen por el cumplimiento de un contrato. De esta manera en las formas más abstractas de la teoría del equilibrio general con información simétrica y una previsibilidad perfecta, los mercados para la propiedad en los medios de producción no aparecen. Los consumidores son capaces de determinar en avance una corriente de bienes de consumo que necesitan en cada momento dadas las limitaciones económicas. Por la naturaleza de un ambiente sin fricciones todos los contratos de compra serán cumplidos a la perfección. Por lo tanto, solo la posesión de los bienes que está planeada para ser consumida inmediatamente es importante y no la propiedad de cantidades de bienes que no deben ser consumidos instantáneamente. El centro del análisis es un sistema de flujo de bienes y no un sistema de depósito o de

concentración y flujo de bienes. La consideración se daría a los servicios provistos por bienes durables como sería una propiedad inmueble y no a los bienes en sí mismos.

En un **mundo real donde los costos de transacción positivos** están en todas partes la situación es diferente. La incertidumbre y la información asimétrica hacen que la propiedad de los recursos tenga importancia para los resultados económicos. La razón es que bajo las nuevas condiciones los incentivos económicos están afectados por la estructura de propiedad y el comportamiento cambia con relación a esta estructura. Por ejemplo, si el locador no puede controlar debidamente al locatario de un inmueble este último buscará sus intereses y actuará de tal manera que haya actividades que lo beneficien aunque afecte negativamente al propietario. **Los efectos de incentivo de los derechos de propiedad ayudan a economizar en costos de transacción y por lo tanto contribuyen al bienestar económico de la sociedad.** Pero la situación no es completamente favorable ya que como consecuencia de los costos de transacción positivos, los derechos de propiedad no pueden ser asignados totalmente. Esto ocurre, por ejemplo, cuando hay contaminación en el aire o no pueden controlarse plenamente la vigencia de estos derechos ya que no se pueden reducir los robos o no se pueden establecer precios como es en el caso de estacionamientos donde el que llega primero ocupa el espacio.

Los incentivos económicos generados bajo el régimen de propiedad privada contribuyen en general a la utilización eficiente y no despilfarradora de los recursos que son escasos y por lo tanto, un régimen de propiedad privada favorece el bienestar general. En el caso del medio ambiente, la imposibilidad de hacer una asignación completa de derechos de propiedad de los recursos a los individuos es lo que hace que existan problemas ambientales y no la propiedad privada de esos derechos. Los aspectos distributivos de la propiedad privada crean dificultades sociales.

Para comprender el concepto básico del análisis de derechos de propiedad se puede comenzar asumiendo que toda actividad tiene lugar dentro de un marco institucional elemental en el Estado liberal clásico. Podemos asumir que los derechos de propiedad están asignados a los individuos de acuerdo con el principio de propiedad privada y que los derechos de propiedad establecidos son transferibles por consentimiento de acuerdo con el principio de libertad de contrato. Podemos para simplificar asumir que la propiedad se refiere al derecho de dominio de objetos físicos y que el sistema de la competencia prevalece. Sin embargo los costos de transacción positivos en este sistema significan que a pesar que los que toman decisiones son racionales, la racionalidad es imperfecta. La información individual y las capacidades personales son limitadas.

Dentro de la visión limitada de este modelo el derecho de propiedad consiste en el derecho a usar un bien, a cambiar su forma y sustancia y a transferir todos o algunos de los derechos como se desee. El derecho de propiedad es un derecho exclusivo pero **la propiedad no es un derecho sin restricciones**. Es claro que la propiedad da al individuo o a los individuos un poder discrecional sobre los recursos y provee la base para los mercados competitivos. También surge de ello que las decisiones económicas de quien tiene el derecho de propiedad privada están determinadas desde dos partes.

Primero está el lado discrecional por virtud del contenido de los derechos de propiedad.

Segundo está el lado del mercado competitivo.

Lo que se incluye es el mercado de la propiedad en sí misma, bienes durables como es la propiedad inmueble así como el mercado de bienes muebles producidos con la ayuda de la propiedad como sería el trigo que se cosecha en esas tierras. Bajo condiciones de plena propiedad privada quien tiene el derecho de propiedad tiene la posibilidad de escoger entre utilizar el bien en sí mismo, establecer un contrato de locación o de compraventa y entregárselo a otra persona. En el caso de una venta lo que ocurre efectivamente es una transferencia de un conjunto de derechos de propiedad de una persona a otra. Por lo tanto, el valor de cualquier propiedad intercambiada depende del conjunto de derechos de propiedad que pueden ser incluidos en la transacción. Si, como resultado de una acción gubernamental o por otras circunstancias, el contenido de los derechos de propiedad sobre un bien ha cambiado el valor de ese bien debe cambiar tanto para el propietario como para los posibles compradores de ese bien. Como puede imaginarse los cambios en el valor de intercambio de los bienes tienden a afectar inevitablemente la manera en que las personas se comportan. A través de este efecto en el comportamiento la asignación de derechos de propiedad influye en la asignación de recursos, en la composición de la producción y en la distribución del ingreso. Podemos decir que en esencia **la economía es el estudio de los derechos de propiedad sobre recursos escasos**. La asignación de recursos escasos en una sociedad es la asignación de derechos para usar los recursos y la cuestión de la economía es decir como los precios pueden ser determinados es la cuestión de como los derechos de propiedad deben ser definidos e intercambiados y en que términos.

La estructura prevaleciente de derechos de propiedad en una sociedad puede ser comprendida como el conjunto de relaciones económicas y sociales que definen la posición de cada individuo con respecto a la utilización de recursos. Existe una buena razón para creer que existen relaciones sistemáticas entre la **asignación de derechos de propiedad y las elecciones económicas**. Los decisores racionales que buscan su propio bienestar deben tener en cuenta las restricciones cambiantes, incluyendo los costos de transacción. En

general un propietario de un bien tiene un incentivo de cuidar su propiedad de acuerdo con el valor que tenga en el mercado en la actualidad o en el futuro. En efecto, el valor de mercado de un bien y su asignación está controlado por su oferta y demanda. Los individuos compiten en el mercado de bienes para la propiedad y por lo tanto utilizan el conocimiento que está desparramado en la sociedad. Un competidor es el mejor supervisor en la utilización de los recursos que una sociedad puede encontrar. Cada recurso irá al propietario particular que espera que ese recurso le dé el valor más elevado. Más aún, la estimación de valor está apoyada en cada caso por la voluntad del comprador de poner en riesgo sus propios ingresos en la transacción.

La propiedad privada por lo tanto contribuye en una manera central a la solución del problema económico de la sociedad, la **utilización del conocimiento** que es algo que no está dado a todos completamente. Teniendo en cuenta nuestras presunciones de racionalidad limitada y de costos de transacción positivos es evidente que bajo condiciones ideales todos los recursos deben ser de propiedad de alguien a menos que haya recursos tan abundantes que todos podamos consumir lo que queramos sin reducir el consumo por alguna otra persona. Posner llama a este criterio el de la **universalidad de los derechos de propiedad**. Es el primero de los tres criterios de lo que llama un sistema eficiente de derechos de propiedad. El segundo criterio es la **exclusividad de los derechos de propiedad** y el tercero es la **posibilidad de transferir esos derechos**. Estos tres criterios conjuntamente con la asunción de la racionalidad individual aseguran que los individuos buscarán a través de acciones apropiadas la maximización del valor de su propiedad y también asegurarán el bienestar de las naciones según la frase de Smith.

Como ejemplo imaginemos una sociedad en la cual todos los derechos de propiedad hubieran sido abolidos. Un chacarero planta soja y la cultiva pero su vecino la cosecha y la vende. Luego de algunas experiencias similares el cultivo de la tierra sería abandonado, la protección jurídica de los derechos de propiedad individual tiene la función económica de crear incentivos de utilizar los recursos en forma eficiente. La posibilidad de transferir esos recursos asegura que si el chacarero es ineficiente en lo que hace alguien con una capacidad de producción mayor le ofrecerá un precio por la tierra más elevado del que él puede obtener por los beneficios de su producción. Por lo tanto el chacarero ineficiente tiene un incentivo a vender su tierra al productor más eficiente.

Debe quedar claramente establecido que la libre transferencia de los derechos de propiedad juega un papel fundamental en una economía de mercado. Las condiciones en una economía que impiden el intercambio tienen la consecuencia de reducir la eficiencia. La propiedad privada provee tanto el incentivo sobre la propiedad como el

necesario efecto de control en la competencia. Es decir es un sistema del palo y la zanahoria que tiende a promover el crecimiento económico. La propiedad privada provee tanto el incentivo de la propiedad y el efecto de control necesario de la competencia. Mercados sin derechos de propiedad transferibles y divisibles son una ilusión. No puede haber comportamiento competitivo real o simulado sin un poder y responsabilidad dispersas. Podemos agregar que una de las funciones del gobierno constitucional no solo es garantizar la propiedad privada pero también asegurar la competencia entre propietarios por medio de la creación de lo que podríamos llamar un orden competitivo. La asignación de derechos de propiedad como derechos individuales exclusivos a objetos físicos son derechos absolutos que garantizan al propietario que puede ejercer esta exclusión sobre todos los demás, es decir el efecto erga omnes. Por ello, la asignación define las normas de comportamiento con respecto a cosas que los no propietarios deben cumplir o asumir el costo del incumplimiento. Sin embargo para los propietarios en sí mismos la protección de sus derechos puede ser relativamente difícil y costosa. Los costos serían elevados tanto para los propietarios como la sociedad. Por lo tanto otros arreglos son normalmente establecidos y se cree generalmente que el Estado tiene una mejor capacidad para asegurar los derechos de propiedad absolutos de los individuos. Locke ha notado que el objetivo del gobierno es la preservación de la propiedad y es por ello que los hombres entran en la sociedad. Insinúa Locke, que existe una regla de la unanimidad para la protección de la propiedad ya que el poder público no tiene el derecho de privar a alguno de su propiedad sin su consentimiento.

La visión constitucional de los derechos de propiedad tiene alguna similitud con la tradición angloamericana en el sentido que excede el derecho real de dominio e incluye conceptos tan amplios como patentes de propiedad intelectual, derechos contractuales. También incluye las prestaciones de seguridad social.

Los derechos de propiedad sobre objetos físicos están restringidos a cosas que pueden ser usados exclusivamente por sus propietarios y pueden ser definidos claramente y sin ambigüedades. Esa exclusividad no puede ser asignada al aire libre o al agua corriente o a la alta mar o al agua del mar. Estos casos de acceso abierto se refieren a los bienes públicos y el análisis de derecho de propiedad no se refiere a ellos. La raíz de los problemas que surgen de las normas de medio ambiente está en que los arreglos o las determinaciones de la propiedad privada no pueden aplicarse claramente a esas situaciones. Desgraciadamente, el criterio de universalidad, exclusividad y transferencia de los derechos de propiedad no puede ser cumplido en todos los objetos físicos directamente.

El concepto de propiedad debe estar asociado a la idea de conjunto de derechos. Esta visión que tradicionalmente tienen las constituciones

va un poco de alguna manera en contra de una visión romanista del concepto de dominio. Hay quienes imaginan que el concepto de dominio podría ser usado con la metáfora de una caja. En esa caja está escrito el concepto dominio, el que tiene esa caja es su propietario y tiene un dominio completo de lo que esté dentro de esa caja, incluyendo los derechos de uso, de habitación, usufructo y el poder de venta. El propietario puede abrir esa caja y sacar algunos derechos y transferirlos a otros, pero a medida que tenga la caja tiene todavía la propiedad, aún cuando la caja este vacía y solo tenga la nuda propiedad. Pero en la visión constitucional no existe esta visión casi demiúrgica del dominio. Existen **conjuntos de intereses jurídicos**. Ese conjunto de derechos es lo que está protegido, puede transferir esos derechos a otras personas y una parte de ese conjunto se habrá ido con la transferencia. Esta concepción asocia en los derechos de propiedad cuestiones que en el derecho privado no están asociadas. Como es la distinción entre derechos reales y derechos que provienen de los contratos o de las obligaciones. De esta manera constitucionalmente un contrato es parte del derecho de propiedad y los derechos que este otorga es parte del derecho constitucional de propiedad aún cuando no se pueda asociar al concepto de derecho real del dominio y sus desmembraciones.

Una característica diferente supone el análisis de los derechos de propiedad intelectual. Los derechos de propiedad intelectual están limitados en un cierto período de tiempo. Por lo tanto estos derechos no pueden ser concedidos de una manera ilimitada a individuos de generaciones futuras. Esto cumple con un incentivo económico. Un bien intelectual, como es una información, no está sujeto a un deterioro físico y no requiere mantenimiento como los objetos físicos aún cuando puedan existir algunos problemas asociados con el almacenamiento de información. Por otra parte un bien intelectual puede ser innecesario en el curso del tiempo y ser olvidado o puede transformarse en parte de la cultura y ser utilizado por toda la sociedad. Una opinión económica es que la eficiencia requiere que el gobierno apoye la actividad de innovación y de creación intelectual. Aunque podemos imaginar que esta creación intelectual pueda surgir aún sin la protección gubernamental. Es como el caso de quien escribe un libro aún sin estar protegido el copyright y el futuro simplemente lo hace por la utilidad que obtiene de ver sus ideas publicadas. La visión de la protección de la propiedad intelectual intenta responder a la cuestión de la extensión de la cual los derechos de propiedad intelectual son una manera de promover una asignación eficiente de recursos.

Dentro del concepto de derechos de propiedad es también los derechos que uno tiene sobre su propia persona, es decir los **derechos humanos**. Si bien los derechos de propiedad no corresponden a una estricta concepción constitucional del derecho, se puede utilizar el análisis de derechos de propiedad para definirlos con



precisión. Por lo tanto, se puede definir como Locke el concepto de la autodeterminación como *“Todo hombre tiene una propiedad en su propia persona.”* *A esto nadie tiene el derecho sino a sí mismo*<sup>24</sup>. Por supuesto existe una limitación, una persona no puede venderse a sí misma aún cuando puede contratar su trabajo. La visión sobre la eficiencia en materia de la **libre determinación** es que **cada persona conoce mejor que nadie sus capacidades y preferencias**. De ahí surge que cada individuo es el mejor capacitado para planificar su propia vida. Cada individuo puede observar y extraer conclusiones del conocimiento de sus capacidades personales, su expectativa de vida y del conjunto de precios de mercado actuales o esperados para invertir óptimamente y maximizar el valor presente de sus utilidades. Esto lleva a la idea de la formación del capital humano que se cumple a través de los individuos actuando en defensa de sus propios intereses. Generalmente, sin embargo, en muchos sistemas jurídicos algunas decisiones típicas de la personalidad son tomadas por el gobierno, como por ejemplo cuestiones de salud pública, educación, entrenamiento para el trabajo, provisión de información. La autonomía de la voluntad está asociada a este concepto de propiedad y por eso se asocia a la libertad de contratar y al derecho al plan de vida.

Podemos hablar de los derechos de propiedad relativos. Generalmente surgen de los contratos o de las decisiones judiciales en los casos de responsabilidad civil. Incluyen los derechos de propiedad contractual y los que surgen en general de las obligaciones.

### **Las obligaciones contractuales.**

Desde un punto de vista institucional tiene particular interés en los casos en que tiempo pasa entre la promesa y su ejecución cuando el intercambio que surge de la transacción no ocurre inmediatamente. Esta falta de sincronización ocurre en el caso de muchos contratos podemos imaginar todas las obligaciones de largo plazo o proyectos que requieran situaciones complejas a largo plazo, los mutuos, los contratos de servicios públicos, las participaciones en sociedades, etc. Las dificultades en materia de asignación de recursos que aparecen están asociadas generalmente a la información. Podemos hablar de dos problemas básicos,

1. Es **la falta de visión**: las partes de un contrato son incapaces de predecir con exactitud lo que depara el futuro. Por lo tanto en la medida que las obligaciones contractuales son adaptables a situaciones nuevas e inesperadas, se mejora la eficiencia en la asignación de recursos.
2. **La información asimétrica**: Una parte conoce más que la otra ya sea sobre el estado del mundo en general o sobre su propia posición en lo que se refiere al contrato. Por ejemplo el vendedor

---

<sup>24</sup> En el segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil.

puede estar mejor informado sobre la calidad de la mercadería que se ofrece en una transacción que lo que está el comprador. El **oportunismo** es una cuestión importante. La falta de visión no sería un problema sin la posibilidad, y por lo tanto la existencia de un incentivo, para el comportamiento oportunista. La información asimétrica puede ser responsable, entonces de los problemas serios del cumplimiento contractual, una cuestión central en la teoría económica de los derechos de propiedad relativos.

### **El comportamiento oportunista.**

Williamson define el oportunismo como “el interés propio buscado con astucia”. En otras palabras, los individuos no tienen habitualmente un comportamiento confiable, en el sentido que pueden ocultar preferencias, distorsionar información, confundir deliberadamente las cuestiones, etc., con el objetivo de obtener beneficios. La información asimétrica provee la base del comportamiento oportunista, como ocurre en los casos de selección adversa y riesgo moral. El concepto de comportamiento oportunista es de gran utilidad para comprender la teoría contractual neo institucional, podemos imaginar el comportamiento oportunista pre contractual y post contractual.

**Ex ante:** El oportunismo ex ante, o el oportunismo pre contractual, surge porque los individuos, deseosos de obtener sus intereses especiales, no son plenamente confiables y pueden tomar ventaja de la existencia de información asimétrica cuando negocian sus contratos. Esto significa que la parte informada tiene un incentivo para dar, a la otra parte, una información incompleta o distorsionada sobre la calidad de la performance prometida. Los ejemplos van desde los buscadores de empleo que dan una visión distorsionada sus habilidades frente a un posible empleador, hasta las promesas electorales de los candidatos frente a sus electores.

**Ex post:** El oportunismo ex post o post contractual ocurre en los casos en que juegan un papel las inversiones específicas de una transacción. Es el caso de un locatario que una vez ingresado en la vivienda no paga el precio de la locación. El político que una vez elegido no cumple con la plataforma política por la que fue elegido.

### ***Como surgen y evolucionan los Derechos de Propiedad***

El diseño de las instituciones o de las estructuras de gobierno son decisiones maximizadoras para ahorrar costos de transacción y para facilitar las nuevas actividades económicas. Las fuerzas del mercado erosionan las instituciones de los derechos de propiedad que no están suficientemente capacitadas para responder a las nuevas oportunidades económicas. Si la estructura de derechos existente limita o bloquea las reacciones a cambios en los precios relativos o en la tecnología, la existencia de ganancias potenciales inexploradas

llevará a los individuos a movilizarse para la adopción de derechos de propiedad que se acomoden a estas necesidades.<sup>25</sup>

La creación de la propiedad, como la iniciación del dinero, no es una creación del Derecho, en el sentido que su estructura se haya impuesto a la sociedad por una autoridad civil. El origen de la propiedad, de acuerdo con esta visión, no es un fenómeno gubernamental sino social. La ejecución de la propiedad ha sido perfeccionada en el tiempo por un proceso en el cual la actividad estatal clarifica y regulariza el derecho de propiedad. Bajo la intervención estatal los derechos se transforman en convenciones mejoradas o perfectas. Existe un problema con todo esto porque no aparece claro como la sociedad puede asegurar que el Estado siempre se comportará como una tercera parte imparcial. La aplicación por un tercero significa que el desarrollo del Estado tiene una fuerza coercitiva capaz de monitorear los derechos de propiedad y asegurar el cumplimiento de los contratos efectivamente. Pero si el Estado tiene la fuerza coercitiva aquellos que manejan el Estado, utilizarán esa fuerza en su propio interés y a expensas del resto de la sociedad.

Tanto el respeto por la ley como la honestidad e integridad de los jueces representan factores importantes que han contribuido al desarrollo del derecho ideal. Pero la cuestión permanece de como es posible crear un sistema de redes formales y de cumplimiento efectivo, y promover el comportamiento público que es basado en limitaciones morales significativas. Autores desde Hume hasta North han sugerido que las condiciones apropiadas para el éxito tienden a desarrollarse muy lentamente en el tiempo.<sup>26</sup> Sin embargo el progreso hacia una cooperación social efectiva es posible porque en la medida en que las personas adquieran experiencias más individuos reconocen que tienen intereses comunes entre comportamiento cooperativo, y esto lleva a ganancias mutuas. En efecto convenciones no escritas y acuerdos han hecho aparición espontáneamente en la sociedad. De ahí surge la metáfora de Hume de los dos hombres que empujan los remos desde un bote y lo hacen por un acuerdo o convención aunque nunca se han dado promesas el uno al otro. De la misma manera, los lenguajes se establecen gradualmente por las convenciones humanas sin ninguna promesa. De la misma manera el dinero con los metales preciosos se transformó en una manera común de intercambio. La línea de explicación que sugiere Hume es también comparable a la forma de legitimación que plantea un contrato social, y también a una versión extendida del juego del dilema de los prisioneros. Para ver, consideremos una convención que asigna derechos de propiedad de facto en un recurso valioso. Supongamos que la convención está

---

<sup>25</sup> G.D. Libecap. "Distributional issues in Contracting for Property Rights." *Journal of Institutional and Theoretical Economics.* N° 146 p. 6.

<sup>26</sup> Furubotn and Richter. *Institutions and Economic Theory.* University of Michigan. 2000. p.106.

firmermente establecida. Entonces cada persona tiene una expectativa fuertemente establecida, una expectativa basada en una inducción de la experiencia pasada, que las otras personas seguirán con esta convención o con esta costumbre. Dada esta expectativa, cada persona encuentra en ella su interés para seguir adelante con la costumbre. Dado que cada persona sigue con la costumbre, no solo espera que las personas con las que interactúa no le pida más que lo que la costumbre le permite, también espera que se comporten de esa manera. Más aun, cualquiera que se vea favorecido por la costumbre, o al menos en alguna ocasión, es probable que observe cualquier ruptura de la costumbre como una amenaza indirecta a sí mismo.

Debe tenerse en cuenta que las costumbres pueden ser ineficientes, entre ellas, la monopolización de la propiedad privada por un grupo pequeño de tomadores de decisiones o de organismo gubernamentales o de partidos políticos organizados. Al valorar la función que la propiedad privada juega en la promoción de la eficiencia económica, es importante tener en cuenta que la propiedad privada es necesaria por una condición eficiente para la competencia. Similarmente se debe tener claro que no es necesario que todo sea eficiente en la existencia de una costumbre o que esa costumbre aumente el bienestar general de la sociedad. La base sin duda originalmente la institución de la propiedad, puede no ser más que una convención sobre quien tendrá el uso exclusivo de algunos bienes. En la actualidad la institución de propiedad es enormemente más complicada porque hemos construido alrededor de ella un sistema complejo de normas e instituciones. Su propia complejidad, de las relaciones contemporáneas de la propiedad es lo que hace necesario el análisis de derecho de propiedad y costos de transacción.

Para Demsetz<sup>27</sup>, los cambios en el conocimiento se fundan en cambios de las funciones de producción, valores del mercado y preferencias de los consumidores. Las nuevas técnicas, las nuevas formas de hacer las mismas cosas y de hacer otras nuevas todas implican efectos benéficos y perjudiciales al mismo tiempo a los cuales la sociedad todavía no está acostumbrada. Podemos decir que los derechos de propiedad se desarrollan para internalizar externalidades, cuando las ganancias de la internalización son mayores que sus costos. Una internalización incrementada resulta de cambios en los valores económicos, cambios que se entroncan en los desarrollos de nuevas tecnologías y en la apertura de nuevos mercados, cambios para los cuales los viejos derechos de propiedad no están preparados. Tomemos en cuenta las preferencias de la comunidad por la propiedad privada. Algunas comunidades tendrán sistemas de propiedad privada no tan bien desarrollados, y sistemas de propiedad

---

<sup>27</sup> Harold Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights" American Economic Review, Papers and Proceedings. 57 p. 347. Citado en Posner & Parisi, Economic Foundations of Private Law. Elgar. 2002.

estatal mucho más evolucionados. Pero a partir de determinados gustos de la comunidad, la aparición de nuevos derechos de propiedad privada estará en función de los cambios de la tecnología y en los precios relativos.

En las sociedades occidentales los ajustes en los derechos de propiedad se han desarrollado como resultado de cambios graduales en los actos sociales, en la legislación y en los precedentes jurídicos judiciales. Es improbable que en cada paso de este proceso de adaptación, las externalidades estén conscientemente relacionadas en sí mismas con el tema que se está resolviendo, pero en una sociedad que privilegie la obtención de la eficiencia, su viabilidad en el largo plazo dependerá de cuan bien modifique su comportamiento, para acomodarlo a las externalidades asociadas con importantes cambios en la tecnología o en los valores del mercado. Se puede hacer sobre esto un trabajo empírico, un ejemplo tradicional es el cambio de comportamientos en la sociedad Argentina a partir de los impactos tecnológicos que surgieron en el transporte de carne vacuna congelada en los barcos frigoríficos. A partir de ahí, los derechos de propiedad sobre las zonas rurales cambiaron sustancialmente y se establecieron reglas prácticas, formas contractuales diferentes que las que existían anteriormente.

El principio que asocia los cambios en los derechos de propiedad con la aparición de nuevos y revalorización de antiguos efectos benéficos y perjudiciales sugiere en esta instancia que el alto valor de la propiedad agropecuaria hizo económico alentar el control humano sobre la propiedad rural. De esta manera se hizo económico alambrar los terrenos, impedir que cualquiera pudiera cortar o cruzar los alambrados, hizo económico la donación de terrenos para los cursos de vías férreas y para la fabricación de estaciones, etc. Todos estos controles requerían la capacidad de prevenir el robo de hacienda, y esto a su vez que tendría lugar cambios socioeconómicos respecto de la sociedad, tanto para los transeúntes en esas regiones, como para el valor de los animales, porque eran producto de la producción ganadera. La leyenda que establecen en el Martín Fierro, que se podía comer un animal con la sola condición de dejar el cuero para el propietario no tendría validez en la tecnología nueva, que establecía que el mayor valor se establecía en la actividad ganadera y no en el costo del cuero<sup>28</sup>. Para concluir este análisis, veamos que donde no existía una actividad ganadera igualmente provechosa, los tipos de propiedad no quedaron determinados con la misma calidad, tomemos el caso de las provincias del noroeste Argentino como La Rioja, donde los títulos de propiedad no quedaron determinados con la misma exactitud que se establecieron en las provincias con gran actividad agropecuaria.

---

<sup>28</sup> Agradezco esta comparación a Adrián Guisarri.

Un análisis similar y en tiempos muchos más recientes puede mencionarse la situación de las zonas medanosas cercanas al mar en la Provincia de Buenos Aires, zonas que no solo eran de distinto valor, sino que no estaban claramente determinadas en su organización. Tanto es así que no solo valió la clara determinación de los derechos de propiedad, las distinciones de terreno, sino que inclusive cambió ya no sobre los derechos de propiedad, sino también la organización jurídica devenía inminente al establecerse el establecimiento de nuevos principios para ejercer el control edilicio en la región.

### **Derechos de propiedad y externalidades.**

Los derechos de propiedad se desarrollan cuando se hace económico para quienes se ven afectados por externalidades internalizar los costos y los beneficios. Pueden imaginarse tres alternativas posibles,

1. la propiedad comunal,
2. la propiedad privada y
3. la propiedad pública o estatal.

En la sociedad comunal un derecho puede ser ejercido por todos los miembros de la comunidad, son los derechos de caza y aprovechamiento de la tierra, tradicionalmente de propiedad comunal. La propiedad privada implica que la comunidad reconoce el derecho del propietario de excluir al otro del ejercicio de tales derechos. Y la propiedad estatal implica que el Estado puede excluir a cualquiera del uso del derecho en la medida que el Estado respeta procedimientos políticamente aceptados que determinan quienes puede utilizar la propiedad de pertenencia estatal.

El principal problema que tiene la propiedad comunal es lo que ha sido desarrollado como la **tragedia del común**. En este caso los costos de negociación son altos porque resulta difícil para muchas personas alcanzar un acuerdo mutuamente satisfactorio, en especial cuando cada uno de los involucrados tiene un derecho de trabajar la tierra cuando lo desee. Si uno sola persona posee una determinada cantidad de tierra intentará aumentar su valor actual tomando en cuenta posibles soluciones futuras de costos y beneficios y seleccionar aquellos que en su opinión puedan maximizar el actual valor de sus derechos de propiedad privada en dichas tierras. Esto significa que intentará tomar en cuenta las condiciones de oferta y demanda que existirán después de que no tenga más ese bien. La propiedad comunal resulta en grandes externalidades, los costos totales de las actividades de un propietario de una propiedad comunal no están limitados directamente por él.

La concentración parcial de costos y de beneficios que acompaña a la propiedad privada es solo una parte de las ventajas que ofrece. La otra parte, más importante, es el **costo de negociación sobre las externalidades remanentes que puede ser reducido en forma considerable**. Los derechos de propiedad comunal permiten a

cualquiera utilizar la tierra. Bajo este sistema se hace necesario para todos encontrar algún tipo de acuerdo sobre el uso de la tierra. Pero las externalidades que acompañan al sistema de propiedad privada no afectan a todos los propietarios y en general será necesario solo para unos pocos alcanzar un acuerdo que tome en cuenta dichos efectos.

El costo de negociar una internalización de estos efectos se reduce considerablemente. Supongamos que un propietario de un derecho de propiedad comunal que está arando la parcela de tierra observa a un segundo propietario comunal que construye un dique en una parcela adyacente. El granjero prefiere disponer del arroyo tal como está, y por lo tanto pide al ingeniero que detenga la construcción del dique. El ingeniero le puede decir *“págueme para que yo pare”* y el granjero le puede replicar *“le pagaría pero que es lo que usted me garantiza”* el ingeniero le responde *“puedo garantizarle que yo no continuaré construyendo la represa, pero no puedo garantizarle que otro ingeniero no retome la obra porque esta es propiedad comunal”*. Lo que sería una negociación simple entre dos personas bajo un sistema de propiedad privada, se transforma en una negociación más bien compleja entre el granjero y cualquier otra persona.

Esta es la explicación básica para sustentar la preponderancia de la propiedad individual en lugar de la propiedad múltiple. Por cierto, un aumento del número de propietarios es un aumento de la característica de la propiedad comunal y se da por lo tanto un incremento de los costos de internalización. La reducción en los costos de negociación que acompaña al derecho privado de excluir a otros permite que la mayoría de las externalidades sea internalizada a un costo más bien bajo. Aquellos que no están asociados con las actividades que generan efectos externos, hacen impacto sobre mucha gente. La sincronización de economías de escala, costos de negociación, externalidades y modificación de derechos de propiedad, puede apreciarse en la excepción más notable a la afirmación que la propiedad tiende a ser una cuestión individual, la sociedad anónima o sociedades por acciones. Estimo que una significativa economía de escala en la operación de grandes empresas es un hecho y que grandes necesidades de capital pueden ser satisfechas de manera más barata por medio del capital que proviene de numerosos compradores o poseedores de acciones. Mientras existan economías de escala cuando se operen estas corporaciones o empresas no las hay en cambio en la producción de capital, por tal razón se hace conveniente para muchos propietarios formar una sociedad anónima. Pero si todos los propietarios participaran en cada decisión que debe ser tomada por tal compañía, las economías de escala que implican operar ese tipo de empresa quedarían rápidamente superadas por el alto costo de negociación. Se produce una agregación de autoridad para la mayoría de las decisiones, y en casi todos los casos, pequeños grupos de administradores o ejecutivos se transforman en los propietarios en los hechos. La propiedad efectiva, es decir el control efectivo de la

propiedad es casi concentrada legalmente en manos de los ejecutivos. Esta es la primera modificación legal y se opera al reconocer los altos costos de negociación que se deberían pagar de otro modo.

La estructura de propiedad sin embargo creó unas dificultades de externalidad bajo la **ley de propiedad compartida**, o en general del derecho societario. Si la empresa quiebra, la ley de propiedad compartida compromete a cada propietario de acciones a hacer frente a las deudas y la compromete a la empresa hasta los límites de su capacidad financiera. De esta manera, la administración que ejerce la propiedad de hecho puede provocar considerables efectos externos en los propietarios de las acciones. Si el sistema de propiedad permanece sin cambios, esta externalidad haría extremadamente difícil para los empresarios, obtener el capital necesario, atrayendo a las personas que quisieran invertir. Aunque estos individuos podrían obtener embolsos de otros accionistas, los costos de litigio serían elevados. En la segunda modificación legal, la responsabilidad limitada se desarrolló de esta manera para reducir los efectos de esta externalidad. La propiedad de hecho de la administración y la responsabilidad limitada se combinan para minimizar el costo total que trae una gran empresa. Los accionistas son esencialmente prestatarios de capital y no propietarios, porque aunque pueden participar en decisiones tan infrecuentes como una fusión lo que los accionistas poseen realmente son sus acciones y no la empresa. La propiedad en el sentido del control puede ser largamente una cuestión individual. Los accionistas poseen sus acciones y el Presidente de la empresa y probablemente unos pocos directivos controlan realmente la empresa.

Para mitigar con más impacto las decisiones de administración sobre los accionistas sea para minimizar el impacto de las externalidades bajo esta forma de propiedad es necesaria una modificación adicional de tipo legal. A diferencia de la ley de copropiedad compartida, un accionista puede vender sus intereses sin obtener primero el permiso de los demás, y tener que disolver la empresa o la sociedad. Así resulta fácil abandonar la empresa si las preferencias del accionista ya no están en armonía con las del directorio. Esta vía de escape es extremadamente importante y ha dado lugar al intercambio organizado de seguridades. El aumento de la armonía entre administradores y accionistas, producido por el intercambio, y por la competencia de grupos de administración, ayuda a minimizar los efectos externos asociados con la estructura de propiedad de una empresa. Por último la responsabilidad limitada reduce considerablemente el costo de intercambiar acciones, puesto que hace innecesario para el comprador de acciones examinar en detalle las responsabilidades de la empresa, y de los haberes de otros accionistas. Estas responsabilidades pueden afectar de forma adversa al comprador de acciones, únicamente hasta el límite del precio pagado por la acción.



Consideremos los problemas de **derechos de copyright y de patentes**. Si todos pueden apropiarse libremente una nueva idea, o si existen derechos de comunidad para estas nuevas ideas, no habrá incentivos para desarrollar nuevas ideas. Los beneficios que derivan de ellas no se concentrarán en quien es la minoría. Si hacemos extensivo a ellos ciertos grados de derecho de propiedad privada, estas ideas se desarrollarán con más rapidez. Pero la existencia de derecho privado no significa que se tomen en cuenta directamente los efectos sobre la propiedad de otros. Una nueva idea transforma a una vieja en obsoleta y otra vieja en una más valiosa. Estos efectos no serán directamente tomados en cuenta, pero pueden llamar la atención de quienes han dado origen a la idea a través de negociaciones en el mercado. Todos los problemas de las externalidades son estrictamente análogos a los que se desarrollan en el ejemplo de la propiedad de la tierra. Las variables pertinentes son idénticas.

### ***Derechos de propiedad relativos.***

Podemos hacer algunos comentarios sobre la relación entre los derechos de propiedad absolutos, que son en general la propiedad sobre las cosas físicas y los derechos de propiedad relativos que resultan de los contratos libremente pactados o de las decisiones judiciales en el caso de responsabilidad civil. Se trata fundamentalmente del derecho de propiedad contractual como es el caso de un mutuo o un acuerdo de compraventa y las obligaciones puestas de acuerdo a Derecho. Incluyen las locaciones de muebles o de inmuebles incluyendo el comodato. Desde un punto de vista económico no se establece claramente una distinción. Por eso hablamos de derechos de propiedad absolutos y relativos. Podemos determinar dos tipos:

- 1) **Las obligaciones contractuales.** Hay un interés particular desde el punto de vista de la economía institucional en los casos en que hay un lapso de tiempo que transcurre entre una promesa y su ejecución. Así es en el caso del intercambio cuando las dos partes de una transacción no son llevados al mismo tiempo y simultáneamente. Esta falta de sincronización ocurre en el caso de compras a crédito, los contratos de locaciones y otras obligaciones a largo plazo, complejos proyectos a largo plazo como es el caso de la Constitución de un aeropuerto, los contratos de servicios públicos, los mutuos, las sociedades y demás. Las dificultades en la asignación de recursos se caracterizan por surgir en estos casos. Están asociadas al problema de la información, particularmente a la falta de previsibilidad. Las partes en un contrato son incapaces de prever precisamente cual será el futuro. Por lo tanto en la medida que las obligaciones contractuales puedan adaptarse a situaciones esperadas y nuevas la eficiencia en la asignación de recursos puede mejorar.

**La información asimétrica.** Es el caso que una parte conoce más que la otra sobre la situación del mutuo general y su propia posición con relación al contrato. De esta manera un vendedor puede estar mejor informado sobre la calidad de la mercancía que se ofrece en una transacción de lo que puede ser el comprador o el agente puede conocer el nivel de esfuerzo que puede mantener en el futuro mucho más que el principal. En estos casos se plantea la posibilidad de comportamiento oportunista. La falta de previsión no sería un problema sin la posibilidad y por lo tanto con la existencia de un incentivo al comportamiento oportunista. La información asimétrica puede ser responsable de problemas serios en el comportamiento contractual, una cuestión central en la teoría económica de los derechos de propiedad relativos.

## 2) **Las obligaciones como consecuencia de la responsabilidad civil.**

Las tres bases o cuerpos de la responsabilidad civil son la propiedad, los contratos y la responsabilidad extracontractual. La responsabilidad contractual se refiere a promesas cumplidas a acuerdos en los cuales una de las partes no ha cumplido con su obligación, la responsabilidad extracontractual trata con el daño que alguien pueda sufrir ya sea por culpa o dolo y las cuestiones referidas al derecho de propiedad se consideran a la apropiación de derechos de propiedad de otros o la interferencia con esos derechos. Los daños son valorados y regulados por el derecho y se resuelven generalmente por decisiones judiciales. En el caso de la culpa extracontractual o la responsabilidad extracontractual un objetivo es considerar los incentivos y la estructura del marco jurídico, uno de los casos es los estándares de negligencia, para que los costos esperados de accidentes sean lo más bajo posible. De acuerdo la opinión de Calabresi los costos de accidentes tienden a ser minimizados si la parte que puede evitar el accidente al menor costo es la responsable por el costo incurrido. Es lo que se llama la regla del que evita el accidente al menor costo. El derecho de responsabilidad extracontractual también trata con la reglamentación ex post de los efectos externos dañinos pero lo hace como parte del derecho de propiedad.

## **Derechos de propiedad absolutos.**

Estos representan la forma más elemental de los derechos de propiedad. Esto no permite hacer análisis más sencillos con la posibilidad de demostrar el argumento de los incentivos económicos en favor de la propiedad privada. La propiedad es crucial para la eficiencia solamente o fundamentalmente en un mundo de costos de transacción positivos. Tomemos por ejemplo dos tipos de costo de transacción: **Los costos de especificar y asignar derechos de propiedad y los costos de monitorear y hacer cumplir las**

**restricciones que los derechos de propiedad imponen sobre los demás.** Todos estos pueden ser llamados los **costos de exclusión.** Los problemas de eficiencia surgen si los costos de asignar y de monitorear derechos de propiedad son prohibitivamente elevados, por cualquier razón que fuere. Desde el punto de vista económico la sugerencia es clara de ser posible se deben evitar casos que planteen este problema a través de un diseño de las estructuras de organización. Se deben tener en cuenta que los costos de especificar los derechos de propiedad son costos hundidos y no afectan las decisiones con respecto al producto una vez que la transferencia de derechos ha tenido lugar. Monitorear y hacer cumplir los costos de monitoreo por otra parte son variables y pueden repetirse en cada período de tiempo.

### **Costos de exclusión.**

En la teoría de los derechos de propiedad, los costos de exclusión son los costos de definir, monitorear y hacer cumplir los derechos de propiedad privados. Por ejemplo son los costos del agrimensor que mide la tierra, de la existencia de un registro oficial de la propiedad, de alambrar el terreno.

### ***La propiedad y el control.***

Se puede demostrar o mostrar los costos de monitoreo a través de un pequeño ejemplo sobre el sector agropecuario. Supongamos que un productor tiene el derecho a la utilización exclusiva de cierta chacra y de sus edificios por un límite de tiempo, podríamos imaginar un usufructo. No le está permitido vender donar o actuar como si pudiera transferir algunos derechos en esta propiedad. Como resultado el productor es incapaz de capitalizar las consecuencias futuras de la utilización de sus derechos de propiedad restringidos. No puede por ejemplo obtener ninguna ganancia de capital que pudiera ocurrir debido a sus comportamientos o política actual que pudiera ser considerada como favorable al valor a largo plazo de los bienes. Más aún, si el productor no es responsable por el estado general de la chacra en el momento en que debe entregar la propiedad cumplido su derecho de usufructo, podría como un individuo racional que maximiza su utilidad, intentar utilizar completamente la tierra y los edificios para el momento en que estos bienes sean devueltos. Si resultados similares pueden ser esperados, si el derecho de cortar leña fuera asignado a individuos bajo condiciones similares. Un incentivo para una explotación excesiva del recurso se generaría a menos que los términos del contrato que establece el usufructo estableciera prohibiciones o condiciones restrictivas. Es por eso que en las normas de derecho civil encontramos la obligación de quien tiene un derecho de usufructo deba mantener la integridad económica del bien y no permita que se pueda destruir su sustancia.

Estas restricciones son en sí mismas formas de las condiciones que debe cumplir quienes tiene un usufructo. Para que se puedan obtener buenos resultados las normas jurídicas deben por supuesto ser cumplidas. Para asegurar el cumplimiento apropiado el propietario de la chacra de nuestro ejemplo debe monitorear las actividades del chacarero que tiene un derecho de usufructo y si es necesario debe utilizar los medios jurídicos a su disposición para controlar el cumplimiento de la ley o para controlar el comportamiento del chacarero o del productor. Estas actividades por un lado de monitoreo y por el otro lado de control tienen costos que el propietario debe asumir para hacer cumplir las normas. Por supuesto puede ahorrarse estos costos si utiliza alguna otra opción y llega a un acuerdo contractual apropiado con el productor. Esto es el propietario podría solicitar al inicio del período ya no de locación que el productor le deposite una suma igual al valor de la chacra en ese momento. En respuesta el propietario aceptaría devolver el depósito al productor al final del período del acuerdo con menos las ganancias o pérdidas del valor final de la propiedad. Es decir, si la propiedad subiera su valor le daría más dinero. Este tipo de acuerdo podría aproximar la situación en el que el propietario vendiera su chacra directamente al productor pero se reservara para sí el derecho de una compra al final del período. En estas circunstancias el productor como un propietario completo de la chacra sería monitoreado completamente por sí mismo. El monitoreo de la asignación de recursos estaría perfectamente descentralizada. Asimismo el chacarero debería asumir el riesgo del valor de mercado de la propiedad. Dada la estructura de propiedad el productor no solamente se preocupará por su chacra de acuerdo con las normas para poder mantenerla eficazmente en el sentido de cumplir sus obligaciones de quien tiene un usufructo, sino que adaptaría actividades de asignación de recursos tan rápido como fuera posible a los cambios del valor de mercado actual o esperado de la chacra. Por lo tanto esta descentralización ahorra no solo los costos de monitoreo y control pero contribuye también a una adaptación más rápida del comportamiento económico a nuevas condiciones en el sistema. El requerimiento básico aquí es por supuesto el intercambio que el valor de las chacras exista en un mercado abierto inmobiliario y no solamente en un mercado para los productos agropecuarios.

Este ejemplo ilustra de que manera la función de la propiedad privada puede jugar para ahorrar costos de monitoreo y de adaptación. Desde una decisión alternativa los resultados obtenidos emergen como un subproducto de la toma de decisiones descentralizada. Este ejemplo sería equívoco si fuera interpretado como un caso en contra del usufructo y similar a la locación. Un propietario que sea neutral en materia de riesgos puede desear mantener esta chacra para su familia para sus herederos mientras que el chacarero o productor individual puede desear evitar los riesgos de mercado de una propiedad completa. Más aún el productor individual puede desear evitar los riesgos de tener una plena propiedad sobre la chacra. Más aún el

productor puede no tener el dinero o el crédito bancario necesario para comprar la chacra. Por lo tanto puede haber buenas razones económicas para la utilización del usufructo o arreglos jurídicos similares y los individuos pueden preferir estas alternativas a pesar de los más elevados costos de monitoreo y adaptación que signifiquen. Este ejemplo muestra la función que puede jugar la propiedad privada al ahorrar costos de monitoreo y de adaptación. Vistos en forma alternativa los resultados obtenidos surgen como un producto alternativo de un sistema de toma de decisiones descentralizadas. Es cierto que al no obligar al productor como el titular de derechos de usufructo se requiere un monitoreo. Pero se plantea una cuestión que es ¿quién monitoreará al monitor? Supongamos la situación siguiente. Asumamos que la chacra en cuestión ahora es propiedad del pueblo y es administrada por el Ministerio de Agricultura con una sede administrativa lejos del lugar. Presumiblemente existe una larga jerarquía de monitores necesarios para cumplir con las tareas de control deseadas. La mayor parte de los individuos en esta cadena sin embargo no puede esperarse que cumplan funciones u objetivos que sean perfectamente consistentes con el objetivo de los supervisores finales en la capital, ni siquiera con el uso eficiente de la chacra. Aún si los monitores fueran gente de buenas intenciones y que tengan inclusive en vista el interés general es probable que se encuentren frente a una gran cantidad de limitaciones inesperadas y circunstancias especiales que les impiden operar de una manera completamente eficiente. En suma este problema del socialismo es inherentemente muy difícil y probablemente insuperable. Por lo tanto, la respuesta de la economía de la propiedad privada a este dilema es: deje que el monitor posea el título del valor de mercado de la chacra y a través de este mecanismo atribúyanle todas las ganancias o pérdidas que el valor de la chacra en el mercado tiene. Bajo este acuerdo el monitor tiene el incentivo de cumplir con el objetivo esperado. En otras palabras, la mejor solución parece ser la de permitir al monitor transformarse en el propietario completo de la chacra, función que en el caso anterior cumplía justamente el dueño de ella. En la medida que la organización proceda en este camino existe un límite al tamaño de la jerarquía de monitores o de controladores o de custodios, y también incentivos poderosos para estructurar la jerarquía de una manera que sea más eficiente de lo que es posible sin los incentivos de propiedad.

Podemos utilizar este ejemplo para una versión o una teoría racional del Estado. Supongamos que el gobernante, que sea un dictador benévolo sin rivales, sea propietario de toda la tierra con posibilidades económicas del país. Asumamos también que este gobernante desea maximizar el producto anual de bienes y servicios. Una solución para este problema organizacional sería tener toda esta tierra con fines agropecuarios trabajada por chacareros que serían supervisados por una amplia burocracia gubernamental. En la cúspide de esta burocracia el gobernante tendría la autoridad final. Pero este acuerdo

organizacional no sería muy efectivo por las razones dadas previamente. Otra solución sería la de establecer una economía de propiedad privada con libertad de contratar. Esta posición o esta visión permitiría la existencia de derechos de propiedad sobre la tierra explotable ubicada en las manos de los súbditos del gobernante de acuerdo con el principio de propiedad privada y permitirle a estos individuos transferir los derechos por contratos o basados en el principio de libertad de contratar. Este esquema sin embargo también incluiría algunas restricciones a la propiedad individual. El gobernante podría presumiblemente desear reservar algunos derechos para sí, algunas prerrogativas. Limitaciones sobre los derechos exclusivos de propiedad como el establecimiento de regímenes en las zonas para fines diferentes que están habitualmente impuestos por el Estado, que son de alguna manera atenuaciones del derecho de propiedad. Por supuesto el gobernante se reservaría para sí el derecho de recolectar impuestos sobre la tierra. Este es un poder muy importante porque impuestos muy elevados pueden cumplir la función similar a la de la expropiación del propietario formal. En cualquier circunstancia para maximizar sus ingresos de los impuestos la elección por el gobernante de la organización de la economía es tan importante como su elección del sistema tributario. No tenemos que mirar a la historia para darnos cuenta de la verdad de esta conclusión.

Por supuesto, no existe ningún dictador benévolo y todos los gobernantes tienen rivales. North describe el problema de esta manera: **El gobernante actúa como un monopolista que discrimina y ofrece a grupos diferentes de personas protección y justicia a cambio del tributo. Como diferentes grupos de ciudadanos y de personas tienen diferentes costos de oportunidad y poder de negociación con el gobernante los resultados de los acuerdos entre el gobernante y los gobernados varían. La división de las ganancias entre el gobernante y el público depende del poder de negociación relativo de los grupos que conforman el público.** Por lo tanto, los derechos de propiedad y los contratos individuales están definidos y aplicados por un sistema de decisión política, pero la estructura de los intereses económicos también influye en la estructura política.

### ***El modelo de los derechos de propiedad.***

El término derechos de propiedad tiene dos significados en la doctrina económica. Uno es esencialmente la habilidad para gozar de la propiedad sobre alguna cosa. La otra versión mucho más reconocida y más vieja es fundamentalmente lo que el Estado asigna a una persona. Podemos llamar a los primeros derechos de propiedad económicos y los segundos los derechos de propiedad jurídicos. Los derechos de propiedad económicos son el objetivo, es decir lo que el agente finalmente busca, mientras que los derechos legales son los

medios para lograr ese objetivo. Nos vamos a concentrar en la visión económica de los derechos de propiedad. Ya que sobre los derechos jurídicos hay una basta biografía y además porque son mucho más sencillos de observar que los derechos económicos.<sup>29</sup>

Podemos definir los derechos de propiedad económicos que un individuo tiene sobre un bien como la habilidad individual en términos esperados para consumir el bien o consumir los servicios de ese bien directamente o consumirlo indirectamente a través del intercambio. De esta manera un individuo tiene menos derechos sobre un bien que puede ser fácilmente robado o sobre el cual haya restricciones para su intercambio.

La noción de derechos está asociada al **concepto de reclamo residual**. El reclamante residual de, por ejemplo, un departamento es su propietario económico en el sentido que es capaz de obtener una ganancia, en este caso por intercambio, por el aumento del valor del inmueble o una pérdida por su reducción en ese valor. Como es su propietario, está motivado a tomar toda acción que haga aumentar el valor de la propiedad, reducido su costo neto. El reclamante individual de un bien o una operación es muchas veces no una sola persona sino varias. Para maximizar el valor de los derechos, la participación de una persona en el reclamo residual debe aumentar en la medida que aumenta su contribución al resultado (*mean output*) de la actividad y disminuye en la medida que su contribución decrece.

Los derechos económicos que tienen las personas sobre los bienes o las cosas no son constantes, son una función de sus esfuerzos directos en la protección de los bienes de los intentos de captura de otras personas. Ocasionalmente también de la protección formal o informal no gubernamental y de la protección gubernamental realizada generalmente por la policía y por los tribunales. Los derechos desde el punto de vista jurídico son derechos reconocidos y protegidos aunque fuera parcialmente por la actividad gubernamental. Estos derechos fortalecen los derechos económicos pero no son necesarios (me refiero a la descripción jurídica de los derechos) ni suficientes para la existencia de los derechos económicos. La función principal de los derechos jurídicamente reconocidos es permitir una adjudicación por una tercera parte y que la decisión de ese árbitro o juez sea cumplida. En ausencia de estas salvaguardias los derechos pueden todavía tener valor pero los bienes y su intercambio deben ser autoaplicados. Los ocupantes de un inmueble por ejemplo están menos seguros en sus derechos del bien que ocupan que lo que son los propietarios legítimos. No por el problema de los títulos de propiedad sino porque los propietarios tienen derecho a una protección administrativa judicial y policial de sus bienes. Los acuerdos basados en la buena voluntad son los ejemplos de

---

<sup>29</sup> Yoram Barzel. *Economic Analysis of Property Rights*. Cambridge. 1997. p.3.

intercambio que no tienen la posibilidad de una aplicación por una tercera parte.

Los derechos de propiedad no son absolutos y pueden ser cambiados por la acción de los individuos. Esta definición es útil en el análisis de la asignación de recursos.

El concepto de los derechos de propiedad está claramente asociado al de los costos de transacción. Estos costos de transacción son los costos asociados con la transferencia, captura y protección de derechos. Si se presume que para cualquier bien cada uno de estos costos aumenta y que tanto la plena protección y la plena transferencia de derechos es prohibitivamente costosa entonces se deduciría que los derechos nunca son completos porque las personas nunca encontrarán o considerarán que vale la pena obtener un poder completo sobre sus bienes. Para obtener que los derechos sobre un bien sean completos o por lo menos perfectamente determinados tanto el propietario como los otros individuos potencialmente interesados en el bien deben obtener un conocimiento completo de todos los atributos que tengan valor. Con pleno conocimiento la transferencia de derechos de un bien puede ser efectuada rápidamente. Al mismo tiempo, cuando los derechos están perfectamente determinados la información del producto no tiene costo y los costos de transacción relevantes serán cero.

Cuando los costos de transacción son positivos los derechos a los bienes no estarán perfectamente determinados. La razón es que con referencia a su valor algunos de los atributos o características de los bienes son costosos de medir o determinar. Por lo tanto los atributos de estos bienes no son conocidos completamente por los posibles propietarios y tampoco son conocidos por los propietarios actuales totalmente. La transferencia de los bienes supone costos que resultan de los intentos de ambas partes para determinar que los atributos valiosos de estos bienes y de la intención de cada uno de capturar esos atributos que debido a los costos prohibitivos permanecen con una determinación imprecisa. Intercambios que podrían ser atractivos o interesantes pueden no efectuarse debido a estos costos de intercambio. ¿Qué determina el costo de realizar una transacción? ¿Cuáles son los actores que impiden que algunas personas puedan obtener el valor completo de sus bienes? Los bienes tienen muchos atributos cuyos niveles varían, de un objeto particular a otro. Medir estos niveles es demasiado costoso para ser completo o perfecto o exacto. La dificultad para obtener una información plena frente a las posibilidades de variación determina fundamentalmente la dificultad de delinear o determinar derechos. Debido a que es costoso medir los bienes completamente las posibilidades de captura de riqueza están presentes en cada intercambio. La oportunidad para capturar riqueza es equivalente a encontrar propiedad en el dominio público. Un bien está en el dominio público cuando los recursos necesarios para



adquirirlo no pertenecen a nadie. Desde este punto de vista alguna riqueza fluye hacia el dominio público en cada intercambio y los individuos gastan recursos para capturarlos. Esto es caracterizado o definido como captura porque aquí, a diferencia en una venta en el mercado el dueño original no recibe lo que gasta el que compra el bien. Mientras que las personas siempre esperan obtener alguna ganancia del intercambio, también gastan recursos en la captura. Los individuos maximizan sus ganancias netas esperadas, las ganancias del intercambio son generalmente percibidas como metas del costo de efectuar el intercambio.

El alto costo de información resulta en costos de transacción, costos que no aparecen cuando el comprador y el vendedor de un bien son claramente determinados. Si la información no tuviera costo el propietario inicial generalmente no tendría que abandonar algunos derechos y gastos por daño que se podrían evitar. Hay formas de en las ventas evitar esas pérdidas. Generalmente ocurren cuando un bien está en el mercado y debe ser inspeccionado o transportado y hay daños que se pierden. Si la información no tuviera costo, los posibles compradores sabrían perfectamente de lo que se trata y no habría costos de inspección de la mercadería.

### **La propiedad dividida de bienes.**

Las ganancias netas del intercambio pueden ser aumentadas si los propietarios originales de bienes transfieren solamente una parte de los atributos de los bienes mientras retienen el resto. Casos en los cuales solamente un grupo de derechos es transferido son comunes, es el caso de todos los contratos de locación como es igualmente las ventas sujetas a una garantía. Intercambios que toman esta forma generalmente resultan en derechos de propiedad divididos para los mismos o para el mismo bien, dos o más individuos pueden ser propietarios de atributos indiferentes del mismo bien. Las restricciones en el comportamiento de los propietarios pueden ser impuestas para aumentar la separación de sus derechos económicos individuales. Una separación incompleta de estos atributos del bien hace que se transforme en una propiedad común, entregándolos al dominio público. Si están en el dominio público se gastan recursos en su captura.

No solamente la propiedad de los bienes muchas veces es dividida, la propiedad de lo que aparece como los bienes de una organización pueden dividirse también. Las operaciones físicas dentro o en el margen de una organización como puede ser una empresa generalmente incluyen muchos bienes y por lo tanto muchos atributos. Varios individuos comparten la propiedad de esos atributos. Cada uno siendo propietario solamente o con los demás de un grupo de estos atributos. Los accionistas son propietarios de estos atributos pero definitivamente no de todos ellos, por ejemplo una empresa o sus

accionistas que tiene un contrato de servicio por una máquina copiadora para el cual el título no significa tener todos los derechos de propiedad sobre la copiadora. La empresa no es la única parte que gana cuando la copiadora funciona bien y pierde cuando no funciona. El proveedor del servicio es el reclamante residual de la operación de servicios ganando cuando provee un buen servicio y perdiendo cuando provee un servicio ineficiente y por lo tanto es un propietario de una parte de la copiadora. Dentro de los propietarios parciales está el fabricante que es responsable civilmente por los daños que la copiadora puede causar. Otros son los empleados que pueden utilizar la copiadora para un uso personal sin cargo, ya que en la práctica tienen una posibilidad de utilizar algunos de los resultados o del uso de la copiadora. Aquí también las restricciones pueden servir para separar los derechos y para impedir la posibilidad de free ride. Se puede demostrar que este tipo de restricciones no necesariamente atenúan los derechos sino por el contrario los fortalecen.

### **Factores que afectan la asignación de la propiedad.**

Una de las más conocidas proposiciones en la economía es el teorema de Coase. Cuando los derechos están bien definidos y el costo de transacciones es cero la asignación de recursos es eficiente e independiente de los elementos o características de la propiedad. Si los derechos están bien definidos en todas partes gran parte de la teoría económica sería superflua. Porque los costos de llevar adelante transacciones son positivos, determinar y aplicar los derechos es costoso, prohibitivamente costoso si es hecho a la perfección.

La capacidad de recibir el flujo de intercambio generado por un bien constituye parte de los derechos de propiedad que se tienen sobre él. El valor de un bien es reducido cuando los que no son propietarios tienen la inclinación y son capaces de afectar este flujo de ingresos sin asumir los costos plenos de sus acciones. La maximización del valor neto de un bien entonces incluye la propiedad o las características de propiedad que puedan ser más efectivas en limitar la explotación sin compensación por otras personas. El tipo de propiedad que surge depende de la variabilidad en el valor de esos bienes. Es decir el valor de un bien varía de acuerdo a la capacidad que tenemos de efectivamente hacer cumplir nuestros derechos frente a las acciones de otros.

Es relativamente sencillo asegurar los derechos sobre un bien cuando el flujo de servicios que genera puede ser determinado rápidamente porque es simple para imponer una carga equivalente con el nivel de servicio intercambiado. Cuando el flujo de servicios es conocido y constante es lo más sencillo para asegurar que los derechos sobre el bien también son ciertos. Si el flujo es variable pero completamente predecible por ejemplo si el servicio es una cantidad de paneles de electricidad solar que producen con variaciones a lo largo de un día,

los derechos son fáciles de asegurar en la medida que el flujo no es cierto pero es inalterable, por ejemplo la cantidad de electricidad que los paneles producen en la medida que las condiciones de tiempo varían. Es evidente que dado el resultado la variabilidad y la incertidumbre pueden reducir el valor del bien pero no necesariamente afectar la certeza de la propiedad.

Cuando el flujo de ingresos de un bien puede ser afectado por el intercambio entre las partes asegurar la propiedad sobre ellos es problemático. Cuando el flujo de ingresos es variable y no completamente predecible es costoso de determinar si ese flujo es lo que debería haber ocurrido en cualquier caso particular. Consecuentemente es también costoso determinar si parte del flujo de ingreso puede ser capturado por las partes en el intercambio. Las partes que intercambian se dedicarán en actividades de captura que consumen ingreso porque esperan ganar algo de esas actividades. Cuando el flujo de ingreso de la propiedad intercambiada está sujeto a fluctuaciones inesperadas y cuando ambas partes pueden ganar por afectar el flujo de ingresos la determinación de la propiedad es imperfecta.

Un caso especial de gran importancia para comprender las circunstancias bajo las cuales la propiedad puede ser asegurada, surge cuando una sola de las dos partes en el intercambio puede afectar el flujo de ingresos. Hacer que la persona que puede afectar el flujo asuma la responsabilidad plena para sus acciones asegura que la propiedad aparece como segura. Esa persona es el reclamante residual del resultado que solo él puede influir y por lo tanto es el propietario pleno del bien.

En realidad la incertidumbre es permanente o por lo menos insistente y ambas partes en el intercambio pueden afectar el flujo de servicios generado por el intercambio de bienes, la propiedad por lo tanto nunca es totalmente segura. Si tomamos el ejemplo de los ingresos generados por un automóvil alquilado, este depende en parte de cuan eficazmente el automóvil funciona. Ya que los automóviles usados, y aún los nuevos, no son idénticos el uno con el otro, no se puede esperar que funcionen con la misma eficiencia. Un viaje sin inconvenientes es un atributo en el que pueden influir tanto el propietario como quien alquila. El locador encontrará como muy caro determinar hasta que extremo la suavidad del viaje en un automóvil alquilado es el resultado de su carácter y en que medida resulta del cuidado que se le ha dado al automóvil hasta ese momento. Es caro determinar el verdadero significado de la acción de las personas que han utilizado el automóvil anteriormente y es difícil saber a quien se le puede atribuir el buen estado del automóvil. De la misma manera el propietario no puede determinar cuando el buen funcionamiento del automóvil alquilado se ha deteriorado debido a la manera que ha sido manejado y cuanto se ha deteriorado debido a su propio carácter. De

esta manera el propietario puede no cumplir todos los servicios que requiere el automóvil y no cumplir con el manual del propietario y los locatarios pueden ser menos cuidadosos con los automóviles que lo que son con sus propios automóviles. Cada parte espera el comportamiento correcto de la otra. Por lo tanto la función de demanda para los automóviles alquilados se ajustará a los efectos de un servicio inadecuado y la oferta se ajustará a los efectos de un manejo descuidado. La ganancia neta en utilizar el mercado de automóviles alquilados es por lo tanto menor que si las dos partes ejercieran el mejor de los cuidados sobre el automóvil. Si el buen funcionamiento del automóvil pudiera ser medido sin costos el efecto para cada una de las personas que participan en el contrato sería fácilmente determinado y se podría establecer un costo que cada una de las partes podría pagar. En la realidad determinar esos costos marginales en forma estricta es prohibitivamente caro y los propietarios que maximizan sus intereses no ejercerán sus derechos plenamente. Por lo tanto, parte del flujo de ingresos será dejado al dominio público. Es recuperado parcialmente por las partes que intercambian que actúan en forma diferente de lo que harían los propietarios que manejan sus propios vehículos.

Si los derechos no pueden ser definidos económicamente entonces ambas partes del intercambio pueden afectar el resultado, y solo un tipo de propiedad maximiza el ingreso neto del bien y por lo tanto su valor para el propietario original. Como he expresado el principio general subyacente la asignación maximizadora de la propiedad es que cuanto mayor es la inclinación de una parte a afectar el ingreso que un bien puede generar, mayor es la carga del residual, es decir la participación en la propiedad que esa parte debe asumir. Cuanto más influye en el ingreso mayor debe ser su participación en la propiedad.

Un propietario nominal de un bien puede aparecer como teniendo el derecho al ingreso que ese bien genera. El propietario nominal de un bien puede aparecer como teniendo el derecho al ingreso que ese bien puede generar. Cuando el ingreso más elevado que un bien puede generar requiere intercambio parte del potencial ingreso será utilizado en el proceso de realizar el intercambio. El ingreso neto que un bien puede generar depende de la determinación de derechos, esto es, en cuan seguros los derechos de propiedad están determinados sobre ese bien. Cuando una sola persona puede afectar el ingreso sobre el bien, esto ocurre cuando esa persona es el propietario del bien, los derechos aparecen como perfectamente bien definidos y entonces el ingreso se maximiza. Puede existir un caso en que los derechos estén asignados claramente y que el ingreso sea maximizado bajo una particular asignación de derechos. Esa transacción es costosa, por lo tanto el teorema de Coase solo puede ser aplicado parcialmente, no tiene sentido decir que aquí los derechos están bien definidos porque el ingreso es maximizado sin tener en cuenta quien tiene esos derechos.

## **La relación entre los derechos individuales y las organizaciones económicas.**

La venta de bienes y la obtención de ingresos de ellos requiere intercambio, es decir de la cesión mutua de derechos. Los contratos que establecen los términos bajo los cuales los derechos individuales son intercambiados gobiernan mucho del intercambio económico de los derechos de propiedad y son centrales para el estudio de los derechos de propiedad. Algunas veces las partes contratantes son individuos que actúan en beneficio propio. Otros consisten en organizaciones como empresas, gobiernos, clubes y familias. Al mismo tiempo existen contratos entre individuos y organizaciones. Como los objetivos de los individuos son relativamente claros mientras que aquellos de las organizaciones no lo son no es útil definir todos los derechos de propiedad como derechos en posesión de individuos. Finalmente los individuos siempre interactúan con otros individuos independientemente de si uno o todas las partes contratantes representan organizaciones en alguna capacidad. El pago que hacen quienes van a un supermercado por las mercaderías que compran, puede ser visto como intercambios entre individuos y una organización. Sin embargo esas relaciones siempre pueden ser reducidas a un nivel individual. Tomemos por ejemplo la relación entre la cajera y los compradores por una parte y entre la cajera y la administración del supermercado por la otra. Una cajera en un supermercado tiene el derecho a cobrar el dinero de los compradores de las mercaderías, la cajera por supuesto no se queda con los pagos de los compradores sino que por un salario cede a la administración del supermercado los derechos sobre su tiempo y también los derechos sobre el dinero que recibe de los compradores. A su vez la relación de la administración con los otros individuos como los propietarios del supermercado también incluyen un conjunto de derechos intercambiados. La función de cualquier organización puede ser igualmente reducida a la cesión de varios derechos de un individuo asociados con los demás.

La presunción de la maximización individual y en particular la presunción que los individuos maximizan el valor de sus derechos económicos es útil no solamente en el análisis del comportamiento de los individuos sino también directamente en la presunción subyacente al funcionamiento de las organizaciones. La maximización individual implica que cuando los individuos perciben que ciertas acciones aumentarán el valor de sus derechos van a realizar ese tipo de acciones. Esto se aplica cuando los individuos operen en mercados, empresas, familias, tribus, gobiernos o en cualquier organización.

El valor de intercambio de un bien es una función del ingreso bruto que puede generar y de los costos de medir y monitorear o controlar ese intercambio. La propiedad de los atributos de los bienes gravitará en las manos de aquellas personas que estén más inclinadas a afectar

el flujo de ingresos de los atributos que generan. El flujo de ingreso bruto, el valor del mercado del flujo de servicios que genera un bien, el valor de las contribuciones de los diferentes individuos y los costos de monitoreo y medida de los atributos de un bien determinan tanto cuan estrictamente los derechos a ese bien serán delineados y que modo de propiedad tendrán. Ya que este y otras magnitudes son mensurables los ingredientes necesarios para una teoría operativa de los derechos de propiedad es posible. Estos elementos operativos también se aplican al análisis de las limitaciones. Debido al costo de delinear y controlar los derechos existen oportunidades para algunas personas que intentan capturar lo que puede ser la propiedad de otros. Estas oportunidades surgen de la habilidad de las personas de sobreutilizar y de proveer en menos, de proveer y de subproveer atributos sin precio cuando intercambian con los demás. Las partes en un intercambio pueden imponer restricciones entre sí para reducir el nivel de comportamiento indeseable. Por lo tanto, los derechos de propiedad, particularmente el derecho a consumir lo que aparece como sus propios bienes, son siempre sujetos a limitaciones. El carácter y la incidencia de estas limitaciones es predecible. El análisis de las limitaciones puede ser incorporada al estudio de los derechos de propiedad.

## 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 constitucional 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>30</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 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*

---

<sup>30</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.

*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 Republica 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 este 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 esta 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. Seria 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 serian 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 empresaria.*

### **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.”*



# Los límites del contrato social: Las acciones privadas.

---

El concepto de **acciones privadas** en el artículo 19 establece una idea contractualista de la creación del Estado. Significa la existencia de un ámbito de reserva para las personas al incorporarse al Estado y en el que los magistrados no pueden intervenir. No son cuestiones justiciables porque su decisión esta vedada a los jueces. Imaz y Rey las consideran cuestiones ajenas al Poder Judicial.<sup>31</sup>

El Artículo 19 no indica que **“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.”**

Señala un ámbito reservado al individuo y excluido del poder estatal. Su primera versión normativa positiva es en el Estatuto de 1815 Establecía este artículo : **“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden publico, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de la Nacion.”**

Y desde entonces en todas las constituciones argentinas. No tenía referencia a la moral pública incluida en 1853. no hay norma similar en la Constitución de los EEUU, aunque su jurisprudencia se ha esforzado en encontrar una fundamentación similar. Tiene un origen lejano en el art. 19 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789. **“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a otro..”**<sup>32</sup>

**El derecho a la intimidad y la economía. Las bases constitucionales del Teorema de Coase.**

Las acciones privadas y el derecho a la intimidad tienen consecuencias económicas importantes, a pesar de utilizar palabras como el orden o la moral públicas, su contenido se refiere a la autonomía de la voluntad. Permite que cada habitante defina como maximiza su utilidad o sus beneficios. Es un concepto basado en la idea del contrato social. Establece los límites del contrato social. Es

---

<sup>31</sup> Cf. Imaz y Rey. El Recurso Extraordinario. 2 ed. Nerva, Buenos Aires. 1963. p. 42.

<sup>32</sup> Para un análisis detallado de las acciones privadas y del derecho a la intimidad ver. Juan Vicente Sola, Control Judicial de Constitucionalidad. Abeledo Perrotto. Buenos Aires. 2001.

una fuente de la teoría de la autorregulación como fuente del derecho, la norma es legítima cuando es auto impuesta.

**Es también el fundamento constitucional para la aplicación del Teorema de Coase, la solución que las partes obtengan a través de la negociación no solo será eficiente, sino también permitida por la Constitución. Es decir, que la búsqueda del acuerdo, con independencia del derecho vigente es una solución deseada por la Constitución.**

¿Puede ser la moral un bien público? No. La inclusión de moral pública es una garantía, el Estado no puede imponer una moral sino dejarla al arbitrio de cada uno. Decía en este sentido Montes de Oca *“la ley fundamental de la Nación se apoya simplemente en las normas jurídicas que rigen el desenvolvimiento social; la esfera de la moral pura le es extraña”*.<sup>33</sup>

La acción privada es aquella que no es pública, es decir que no es hecha en representación del Estado. No que no se sea a escondidas. Pero la reserva es una garantía que no perjudica a un tercero. De lo contrario se adoptaría una teoría perfeccionista del orden social, es decir que el Estado puede imponer un comportamiento o un orden moral estricto.

La definición de la intimidad es también la **determinación de los extremos del ámbito de la autorregulación**. Los fundamentos constitucionales del contrato, en términos amplios, como acuerdo de voluntades entre las partes. Los límites son la eliminación de los costos de transacción. Analicemos los límites en la determinación de las acciones privadas.

***La intimidad y la definición de una familia.***

Supone limitaciones a la determinación pública de ciertos conceptos. ¿**Qué es una familia?** Pueden limitarse la vivienda exclusivamente a una familia nuclear. Se puede en este sentido mencionar el voto de Bacqué en el caso **Sejean**, donde asocia la limitación del orden público a no perjudicar a terceros.

**Juan Bautista Sejean c/ Ana Maria Zaks de Sejean s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393**

Voto del Ministro Bacqué

*La Constitución Nacional asegura a todos los habitantes de la Nación el derecho a elegir su proyecto personal de vida, siempre que ello no perjudique a terceros ni ofenda a la moral pública.*

*La Constitución Nacional consagra un sistema de la libertad personal cuyo centro es el art. 19, que va más allá de garantizar la mera privacidad. En este sistema de libertades concluyen una serie de derechos expresamente enumerados en los arts. 14, 14 bis, 16, 17,*

---

<sup>33</sup> Cf. Manuel A. Montes de Oca. Lecciones de Derecho Constitucional. Buenos Aires, Imprenta La Buenos Aires. 1896. p. 537.

18, 20 y 32, y otros no enumerados, que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33). Estos derechos están asegurados a todos los habitantes de la Nación conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las cuales, no obstante, no podrían alterarlos (art. 28).

**Es inconstitucional el art. 64 de la ley 2393 y sus concordantes porque impide la libre elección de un proyecto de vida e invade así el ámbito de privacidad, conculcando la garantía establecida en el art. 19 de la Constitución Nacional.** <sup>34</sup>

Las dificultades para la definición jurídica de una 'familia' fue puesta en evidencia en el caso **Village of Belle Terre de 1974.**

**Caso Village of Belle Terre vs. Boraas 416 U.S. 1 (1974),**

debatido los días 19 y 20 de febrero de 1974, decidido el 1 de abril de 1974 por voto de 7 a 2; Douglas para la Corte, Brennan y Marshall en disenso. Los demandados tenían una casa en la pequeña aldea de Belle Terre, dentro de Long Island, Nueva York. La alquilaron a seis estudiantes no emparentados entre sí y fueron subsiguientemente citados por violar una ordenanza zonal que limitaba la ocupación de una residencia familiar, a una familia o a grupos donde no hubiera más de dos personas no emparentadas. Excluidos de esta ordenanza quedaban las fraternidades, albergues, pensiones y las residencias múltiples.

Los dueños de la casa más tres de los inquilinos iniciando una acción judicial desafiando la ordenanza. Entre sus reclamos estaba el argumento de que la ordenanza violaba su derecho constitucional de la privacidad. La Corte rechazó ese argumento y sostuvo la ordenanza, diciendo que toleraba una relación racional a un objetivo estatal permisible. "Un lugar tranquilo donde los patios son extensos, donde hay poca gente y los vehículos de motor están restringidos, son pautas legítimas en un proyecto del uso de la tierra dirigido a las necesidades de una familia", escribió el ministro William O. Douglas. "El poder policial no está confinado a la eliminación de lugares sucios, malolientes e insalubres" (p. 9).

El ministro Thurgood Marshall disintió sobre las bases de que la ordenanza limitaba innecesariamente la libertad de asociación de la primera enmienda y el derecho constitucional de la privacidad de los demandados. Marshall argumentó que debido a esa violación de los derechos fundamentales, una mera evaluación básica y racional no era suficiente para sostener la ordenanza. En vez, argumentó que la ordenanza podía "resistir al escrutinio constitucional sólo si mostraba claramente que el límite impuesto era necesario para proteger un apremiante y sustancial interés gubernamental" (p. 18).

---

<sup>34</sup> *sentencia del 27 de Noviembre de 1986*

*El JUSTICE DOUGLAS expreso la opinión de la Corte.*

*Belle Terre es una aldea en la costa Norte de Long Island de aproximadamente 220 casas habitadas por 700 personas. Su superficie total es menos que una milla cuadrada. Tiene un uso restringido de la tierra solamente para viviendas de una familia única, excluyendo hosterías, pensiones, fraternidades y casas de viviendas múltiples. .. Los regímenes de pensiones, fraternidades y similares causan problemas urbanos. Más personas ocupan un espacio determinado, más automóviles son estacionados, el ruido viaja con las muchedumbres..*

*Un lugar calmo donde los terrenos son amplios, el agente poca y los vehículos restringidos son guías legítimas en un proyecto de administración del territorio dirigido a las necesidades de familias. Este objetivo es permitido.. el poder de policía no esta confinado a la eliminación de la basura, el mal olor y a los lugares insalubres. Es amplio para marcar zonas donde los valores familiares, los valores de la juventud y las bendiciones de una reclusión calma y el aire limpio hagan al área un santuario para las personas.*

*La sugestión que la cuestión fuera abstracta no debe detenernos. Una ordenanza de zonas de construcción generalmente tiene un impacto sobre el valor de la propiedad que regula. Pero a pesar del hecho que el impacto preciso de la ordenanza no fuera conocido la Corte [en el pasado] ha sostenido la ordenanza. Aquí estamos más cerca de determinar el impacto de la ordenanza en el valor de la propiedad del locador. El ha perdido no solamente seis inquilinos y adquirido solamente dos en su lugar y es obvio que la escala de los valores de la locación esta en relación con lo que decidamos hoy..*

*Como es cierto en la mayor parte de los casos de zonas de construcción, el impacto preciso en el valor puede en el umbral del litigio sobre la validez no ser todavía conocido.*

En la última parte Douglas da un análisis económico interesante cuando señala que la reglamentación administrativa limitativa aumenta el valor de la propiedad no la disminuye. Esta sería una de las razones para permitir la determinación de la eficiencia y eventualmente de la constitucionalidad de la reglamentación por zona de construcción. Es estrictamente el caso contrario de Lucas vs. North Carolina.

### ***El control informado sobre el propio cuerpo.***

Se planteó el caso de las transfusiones de sangre en el caso **Bahamondez**. Se trataba del caso de quién por razones religiosas se había negado a recibir una transfusión sanguínea. El caso planteaba el control informado del enfermo sobre su propio cuerpo.

### **Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar.**

*La recta interpretación del art. 19 de la ley 17.132, que dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán "respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse" aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente.*

*El art. 19 de la Constitución Nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio, ordenando la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva a la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por curvar los límites de esa prerrogativa.* <sup>35</sup>

La determinación de la continuación de un tratamiento médico es, por lo tanto una acción privada que cuenta con la protección constitucional.

### **La determinación de los riesgos laborales. El caso United Auto Workers v. Johnson Controls 111 S.Ct. 1196 (1991).**

El caso **Johnson Controls** trata sobre la discriminación de mujeres en el empleo en razón de la protección del feto por riesgo de saturnismo. La empresa Johnson Controls fabricaba acumuladores para automóviles y solo permitía la incorporación de mujeres en esa sección si hubieran superado la edad fértil o se realizaban una operación que les impidiera tener hijos. Se trataba de puestos de trabajo mucho mejor pagos que los trabajos de secretaria que realizaban habitualmente las mujeres en la empresa. La empresa había asumido una política voluntaria de protección de los fetos en el caso de embarazo de sus empleadas. Como la empresa no podía controlar que empleada quedaba embarazada la solución era excluir de la actividad industrial a todas las mujeres en edad fértil, a menos que se sometieran a una esterilización. En este caso la emoción que produce la decisión para obtener mejores salarios puede reducir la racionalidad, ya que mujeres llegaban a operarse para impedir quedar embarazadas para poder trabajar en esa sección. La economía de la emoción, algunas mujeres aceptaron la esterilización porque los puestos de trabajo con salarios elevados eran difíciles de obtener para personas de su condición.<sup>36</sup> La situación también planteaba una cuestión de los límites del contrato social, ¿podía el empleador, o la administración, determinar que riesgos podía afrontar una mujer y cuales no?

---

<sup>35</sup> Corte Suprema de Justicia sentencia del 6 de Abril de 1993

<sup>36</sup> Para un análisis de este caso y de la economía de la emoción, ver Drucilla Cornell, *At the Heart of Freedom*. Princeton University Press 1998.p.77..

El caso fue tratado por la Corte Suprema que reconoció que no era la función del gobierno corregir la decisión de una mujer sobre los riesgos que podía asumir si prefería permanecer en un empleo que la sometía a una alta contaminación por plomo. El Juez Blackmun, expresando la opinión de la Corte dijo:

*La preocupación por los hijos existentes o potenciales de una mujer han sido la excusa para negarles a las mujeres la igualdad de oportunidades. No es más apropiado para los tribunales que para los empleadores individuales decidir si la función reproductora de una mujer es más importante para ella y para su familia que su función económica.*

### **La inviolabilidad del domicilio.**

#### **El caso Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)**

Siete funcionarios policiales ingresaron y registraron la casa de Dolly Mapp en Cleveland, Ohio. La policía dijo que tenían una orden judicial pero nunca la mostraron. Dijeron que un informante les había indicado que una persona buscada por una bomba estaba escondida en la casa. En la realidad, la policía no encontró nada durante esa extensa búsqueda. En lugar de ello encontraron libros supuestamente obscenos y Mapp fue condenada por la posesión ilegal de literatura obscena y encarcelada.

La Corte en la sentencia del Juez Clark dijo,  
*“Toda evidencia obtenida en registros y búsquedas en violación de la Constitución es inadmisibile en un juicio criminal en un tribunal estadual..*

*La protección constitucional se aplica a todas las invasiones de parte del gobierno y de sus empleados a la santidad de la casa de un hombre y a las privacidades de su vida. No es la rotura de sus puertas, ni la búsqueda de sus cajones lo que constituye la esencia de esta ofensa, sino es la invasión al inalienable derecho a la seguridad personal, a la libertad personal, y a la propiedad privada. Ingresar con fractura en una casa y abrir cajas y cajones son circunstancias agravantes, pero cualquier extracción forzosa y obligatoria de un testimonio o de papeles privados para ser utilizados como evidencia para condenarlo por la comisión de un delito o para privarlo de sus bienes, está dentro de esta condena...*

*Como el Juez Brandeis lo dijera en su disenso en Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 485 (1928): “Nuestro gobierno es un maestro potente y omnipresente. Para bien o para mal, enseña a todo un pueblo con su ejemplo. **Si el gobierno se transforma en un delincuente, desarrolla el desprecio por la ley, invita a cada persona a tomar la ley para sí mismo, e invita a la anarquía”.***

### **El derecho a no incriminarse.**

La garantía constitucional señala que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. **¿Es esto un derecho a mentir?** O simplemente el derecho a negarse a declarar cuando existe el riesgo de inculparse. Sin duda **la diferencia pone un alto costo al procesamiento de quienes cometieron delitos y crea una base de inseguridad en la sociedad.** Si además se permite mentir en los casos no penales, se aumenta los costos de transacción de la solución de conflictos. Si en la **prueba confesional en un juicio civil se puede mentir, esto incentiva los juegos oportunistas de las partes.** Por lo tanto un análisis económico del derecho señala la preferencia de una interpretación estricta de la garantía constitucional. Interpretación que asegure la garantía de no inculparse y al mismo tiempo no aumente los costos de la lucha contra el delito y de la solución rápida y justa de las controversias.

¿Que ocurre con las confesiones forzadas?

### **El caso Miranda vs. Arizona. 384 U.S. 436 (1966)**

*En cada uno de estos casos, dijo la Corte, el acusado, mientras se encontraba bajo la custodia policial fue interrogado por los funcionarios policiales, detectives, o el fiscal en un cuarto en el cual fue aislado del mundo exterior. A ninguno de los acusados le fue dado un aviso pleno y efectivo de sus derechos al inicio del proceso interrogatorio..*

*La atmósfera y el ambiente del interrogatorio incomunicado, de la manera que existe hoy es intrínsecamente intimidatorio y obra para minar el privilegio contra la no inculcación. A menos que medidas preventivas adecuadas sean tomadas para eliminar la coerción inherente en las circunstancias de la custodia, ninguna declaración obtenida del acusado puede ser verdaderamente el producto de su libre voluntad.*

*El privilegio contra la auto inculcación, que ha tenido un largo y expansivo desarrollo histórico, es el fundamento esencial de nuestro sistema adversarial y garantiza al individuo el “derecho a permanecer callado a menos que prefiera hablar en el ejercicio libre de su voluntad”, durante el periodo de interrogatorio bajo custodia.*

*En la ausencia de otras medidas efectivas los siguientes procedimientos para salvaguardar el privilegio de la Quinta enmienda deben ser observados: La persona bajo custodia, previo al interrogatorio, debe ser informado claramente que tiene el derecho a permanecer callado, y cualquier cosa que diga será utilizada en su contra en los tribunales, debe ser informado claramente que tiene el derecho a consultar con un abogado y tener un abogado a su lado durante el interrogatorio, y si es indigente, un abogado será designado para representarlo...*

*Si el individuo, antes o durante el interrogatorio, indica que desea permanecer en silencio, las preguntas deben cesar, si señala que quiere un abogado, el interrogatorio debe cesar hasta que un abogado se haga presente...*

*Cuando el interrogatorio sea efectuado sin la presencia de un abogado y una declaración es tomada, una pesada carga recaerá sobre el gobierno para demostrar que el acusado consciente e inteligentemente renunció al derecho a asistencia letrada...*

### **Del disenso del los jueces Potter Stewart y Byron White**

*Sin suscribir en absoluto a la descripción generalmente negativa que la Corte pinta de la conducta policial, creo que debe reconocerse francamente desde el inicio que el interrogatorio policial permisible bajo los precedentes del debido proceso puede en sí mismo permitir alguna presión sobre el acusado y buscar alguna ventaja de su ignorancia o debilidad. La atmósfera y las técnicas del interrogatorio, correcto y justo como debe ser, pueden en sí mismas ejercer una presión en el sospechoso para que confiese, y en este sentido “hablar de alguna confesión de un crimen hecha luego del arresto como ‘voluntaria’ o ‘sin presión’ es de alguna manera inexacta, aunque tradicional. Una confesión es completa e incontestablemente voluntaria solamente si una persona culpable se entrega a la justicia y se transforma en su propio acusador.” Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143, 161 (Jackson, J., en disenso)...*

*Nada en la letra o el espíritu de la Constitución o en los precedentes coincide con la acción autoritaria y parcial que tan precipitadamente toma la Corte en el nombre del cumplimiento de las responsabilidades constitucionales. El asalto que la Corte realiza hoy nos recuerda las sabias y visionarias palabras del Juez Jackson en Douglas v. Jeannette, 319 U.S. 157, 181: “Esta Corte agrega permanentemente nuevos pisos a los templos del derecho constitucional y los templos colapsan cuando se agrega un piso de más.”*

La Corte Suprema de EEUU revisó en parte Miranda en el caso **Michigan v. Tucker de 1974** y en casos posteriores, donde señaló que las comunicaciones establecidas en Miranda **no eran en sí derechos protegidos por la Constitución sino estándares de prevención diseñados para asegurar el derecho a no incriminarse.**

### **La discriminación y los cupos.**

El problema de la discriminación contra grupos raciales o por sexo es un tema tradicional de las garantías constitucionales. La pregunta es sobre como se impone la discriminación positiva como forma de lograr un equilibrio social. Una solución es establecer cupos por sector, a esta alternativa se refirió la Corte en él

### **Caso Regents of the University of California vs. Bakke**

438 U.S. 265 (1978), debatido el 12 de octubre de 1977, decidido el 28 de junio de 1978 por voto de 5 a 4; Powell para la Corte, Brennan, White, Marshall y Blackmun concordando en parte y en disenso en parte, Stevens, Burger, Stewart y Rehnquist concordando en parte y en disenso en parte. Bakke quería ser físico. La Facultad de Medicina



de la Universidad de California en Davis buscaba una diversidad racial y étnica mayor en su cuerpo estudiantil. El conflicto entre ambas metas produjo la primera y la mayor evaluación constitucional de la acción afirmativa. También posicionó un enigma obstinado: cómo sobreponerse de la tensión entre el reclamo de un individuo a un estado por igual trato, y la responsabilidad de un estado para fomentar cierto grado de igualdad entre sus ciudadanos.

Bakke era uno de los 2664 aspirantes para un centenar de posiciones en la facultad de medicina de Davis en 1972. 84 vacantes fueron cubiertas a través del programa regular de admisiones; 16 fueron cubiertas a través de un programa especial de admisiones - un proceso distinto y separado establecido en 1970 para enfatizar la preocupación de la facultad sobre la escasez de alumnos afro-americanos, asiáticos, latinos y americanos nativos. El promedio de notas y los requerimientos de puntaje de la evaluación estándar no eran tan estrictos como los que tenían que tener los estudiantes admitidos bajo el programa regular.

Rechazado 2 veces por la universidad, Bakke hizo una demanda alegando que el programa Davis violaba el título VI de la ley de derechos civiles de 1964, prohibiendo preferencias raciales o étnicas en programas sustentados por fondos federales, y que la práctica de la universidad de reservar posiciones para las minorías le negaban a él igual protección de la ley bajo la catorceava enmienda.

La universidad concordó que las clasificaciones raciales son desfavorables porque las características raciales son generalmente irrelevantes para objetivos estatales permisibles. Sin embargo, la promesa meritocrática de no discriminación fue compensada por la igualmente apremiante preocupación del estado por las víctimas del pasado y la continua injusticia racial. La universidad también expresó los beneficios prácticos del programa: educación médica enriquecida a través de un cuerpo estudiantil diverso, modelos de rol exitosos para la juventud minoritaria, y servicios médicos mejorados para las comunidades minoritarias.

Tanto la Corte de juicio estatal y la suprema Corte reglamentaron que las preferencias raciales exclusionistas constituían una cuota y que esas cuotas, ausentes para encontrar previa discriminación por la universidad en sí misma, eran una negación de la igualdad de protección.

La Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que una universidad puede considerar un criterio racial como parte de un proceso competitivo de admisiones si las "cuotas fijas" no se utilizaban. Pero sostener eso mostró una muy dividida Corte, con 6 opiniones divididas. 4 ministros (John Paul Stevens, Warren Burger, Potter Stewart y William Rehnquist) prefirieron dirigirse a la ley en vez de

dirigirse al tema constitucional. El “significado liso y llano” del título VI y su “amplia prohibición en contra de la exclusión de cualquier individuo” (p. 412-413) sobre bases raciales de un programa de fondos públicos era base suficiente, en su juicio para ordenar la admisión de Bakke.

Un segundo grupo (William J. Brennan, Thurgood Marshall, Byron White y Harry Blackmun) no vieron diferencia entre los comandos de la cláusula de la igualdad de protección y el título VI. Ausente un efecto o intento estigmatizado, una “presunción de que una raza es inferior a otra” o que “el peso del gobierno detrás del odio y la separación racial” (p. 357-358), no había razón para alentar la evaluación más estricta de igualdad de protección. Sin embargo, la evaluación de “mera racionalidad” expropiación (takings) da en casos que no afectan los derechos fundamentales o clasificaciones sospechosas era demasiado fácil. En vez, Brennan optó por la evaluación media de elevado análisis. En la medida en que el estado pueda demostrar un propósito importante y los medios no limiten “aquellos menos representados en el proceso político” (p. 361), los remedios de conciencia racial para ayudar a los miembros de grupos que sufrieron injurias motivadas en lo racial eran constitucionales.

El ministro Louis Powell tuvo el voto decisivo plegándose a la pluralidad de Stevens en la ilegalidad de la cuota racial y ordenando que Bakke fuera admitido, mientras que concordó con la pluralidad de Brennan en la permisibilidad de las consideraciones raciales en las admisiones. El factor decisivo para Powell fue la naturaleza excluyente del programa Davis. Desde que Bakke fue “totalmente eliminado” (p. 305) para competir por las 16 posiciones especiales, le fue negada la igualdad de protección. Las cuotas raciales están permitidas sólo cuando hubo una violación constitucional o legal en el pasado identificada por un cuerpo gubernamental adecuadamente autorizado. Powell encontró justificación para menos programas de acción afirmativa excluyente en la garantía de libertad académica de la primera enmienda. En un proceso verdaderamente competitivo, las consideraciones raciales podrían ser tenidas en cuenta como parte del interés de la universidad de promover un “cuerpo estudiantil diverso” (p. 312).

A pesar de las predicciones de que la decisión podía conllevar a un efecto escalofriante en las admisiones minoritarias para escuelas de graduados y profesionales, tuvo un pequeño impacto. En vez de proveer una respuesta definitiva sobre la acción afirmativa, Bakke soslayó una respuesta a la pregunta, estableciendo sólo el tema más estrecho de las cuotas raciales en las admisiones a las escuelas estatales con fondos y dejando los últimos casos para evaluar la propiedad de la acción afirmativa en otros dominios. Por ejemplo, **en Adarand Constructors Inc. vs Peña (1995)** los ministros sostuvieron que los programas de acción afirmativa federal, como los programas

de acción afirmativa estatales, deberían tener un “estricto análisis” para ser constitucionales. Los ministros también dejaron vigente en 1997 una decisión por un tribunal federal en California que sostenía la constitucionalidad de la Proposición 209 de la aprobación del votante, que prohíbe la acción afirmativa basada en la raza o género en ese empleo estatal, la educación, y la contratación pública. Al mismo tiempo, una coalición de grupos de derechos civiles se unió al cuerpo escolar en Piscataway, Nueva Jersey, para pagar los daños causados a un maestro blanco que había sido expulsado sobre las bases de que era necesario mantener un maestro de color igualmente calificado en el staff para propósitos de diversidad racial y mantener las metas de la acción afirmativa. Los grupos de derechos civiles pensaron que si los ministros hubieran considerado este caso, se habrían decidido casi con seguridad en contra del cuerpo de la escuela y por ende, en contra del concepto de la acción afirmativa voluntaria. Como resultado, el concepto de acción afirmativa, especialmente la acción afirmativa voluntaria, permanece bajo una sustancial presión constitucional y política.

# La Libertad de Expresión.

---

La economía es la ciencia de las consecuencias del comportamiento humano y una de las maneras de conocer las consecuencias del derecho constitucional es utilizar la interpretación económica de ese derecho. En la libertad de expresión supone tener una visión instrumental de esa libertad que es valiosa en cuanto cumple con ciertos objetivos como la estabilidad política, la prosperidad económica y la felicidad personal.<sup>37</sup> Esta visión no excluye otras pero muestra perspectivas que no pueden ser ignoradas. Esto incluye que la libertad de expresión está en función de la utilidad personal de los individuos, es decir, a las personas les gusta expresar sus opiniones y, a veces, conocer las de los demás.

## **El mercado de ideas.**

Tres preguntas.

4. El límite entre discurso político y discurso comercial. La peligrosidad del monopolio en política mayor que en el mercado.
5. Los límites de gastos en las campañas políticas.
6. Los límites de la libertad de expresión. Las calumnias y la pornografía.

El consumo por una persona disminuye el de otra son rivales. En el caso de la libertad de expresión no son rivales, si una persona utiliza una idea queda sin límites para las demás.

Una externalidad es una transferencia de valor sin pago. Generalmente son negativas. En el caso de la expresión de ideas las externalidades son positivas. Las cantidades de discurso beneficioso son siempre insuficientes. De allí la protección de la libertad de expresión.

Las características económicas de la libertad de expresión fueron señaladas por Alberdi.

*La libertad de publicar por la prensa importa esencialmente a la producción económica, ya se considere como medio de ejercer la industria literaria o intelectual, o bien como garantía tutelar de todas las garantías y libertades, tanto económicas como políticas. La experiencia acredita que nunca es abundante la producción de la riqueza, en donde no hay libertad de delatar y de combatir por la prensa los errores y abusos que embarazan la industria; y, sobre todo, de dar a luz todas las verdades con que las ciencias físicas y exactas contribuyen a extender y perfeccionar los medios de producción.*<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Richard Posner. *Frontiers of legal theory*. Harvard University Press. 2001. p. 62.

<sup>38</sup> Sistema Económico y Rentístico. *Luz del Día*. 1954.

## **El libre mercado de ideas.**

Es eficiente porque el que expresa una idea buena es reconocido, esta ventaja se disipa con el tiempo en la medida que la idea se disemina. La libertad de expresión promueve una competencia vigorosa que estimula la innovación y la diseminación de ideas.

Es difícil los mercados suponen derechos de propiedad. Pero la propiedad sobre las ideas es difícil de palicar. De allí el copyright y los derechos de patentes. Es una situación parecida al monopolio que puede dar grandes beneficios. La restricción es legítima sin embargo porque aumenta la oferta de ideas.

Al institucionalizar la competencia la democracia hace los cargos públicos inseguros. Los políticos y funcionarios buscan seguridad a través del control de la información. La garantía de libertad de expresión impide a los funcionarios públicos de reducir la competencia política por la restricción de la expresión. De allí que se transfiera la Constitución transfiere la decisión de los órganos políticos a los jueces. El derecho constitucional a la libertad de expresión aumenta la efectividad de la competencia entre los candidatos políticos.

Externalidades benéficas y competencia política. Pero en el caso de conflicto con otros derechos. Implementar un derecho constitucional requiere un equilibrio. El aumento de protección a la libertad de expresión supone la limitación de otras libertades.

**Una regla económica de determinación. Para un tipo particular de discurso, la protección constitucional debe aumentar en la medida que aumenten dos variables.**

(iii) **sus externalidades benéficas.**

(iv) **el poder de monopolio creado por la reglamentación.**

***Los límites de la libertad de expresión.***

**El caso *Schenck vs. United States* 249 U.S. 47 (1919), la doctrina del *clear and present danger*.**

La visión instrumental de la libertad de expresión tuvo su aplicación en este caso.

debatido los días 9 y 10 de enero de 1919, decidido el 3 de marzo de 1919 por voto de 9 a 0; Holmes para la Corte. Diferencias de opinión concernientes a la participación americana en la Primera Guerra Mundial dispusieron la oportunidad para la consideración inicial de la Corte Suprema del caso de libertad de expresión de la primera enmienda basado en la ley federal. El tema era si Charles Schenck y otros miembros del partido socialista habían violado la ley de

espionaje de 1917 que prohibía la obstrucción del reclutamiento militar.

Schenck, que se desempeñaba como el secretario general del partido socialista, dirigió la impresión de 15 mil circulares que serían enviadas por correo a los hombres de Filadelfia que se encontraban en el medio del proceso de conscripción. Los panfletos argumentaban que los conscriptos eran víctimas de la intimidación de los fanáticos de guerra y que los hombres jóvenes deberían afirmar sus derechos individuales en oposición a la guerra en Europa. Los panfletos urgían a que el agente visitara la sede del partido socialista para firmar una petición anti conscripción para el Congreso.

Muchas cartas se quejaban con los inspectores postales de Filadelfia, y el 27 de agosto de 1917 los agentes federales buscaron las oficinas socialistas, secuestraron archivos y el libro del partido y arrestaron a Schenck. El acusado se declaró “inocente” en un juicio ante el juez J. Whitaker Thompson en el distrito de la Corte de Estados Unidos para el distrito este de Pennsylvania.

Luego de la condena de Schenck del 20 de diciembre de 1917, apeló a la Suprema Corte, cuestionando la constitucionalidad de la ley de espionaje con bases en la primera enmienda. Argumentó que la ley prevenía a toda discusión pública del tema de la guerra. Los abogados de Schenck concordaron en que la ley estaba fuera de lugar con la tradición legal angloamericana, que desde su punto de vista distinguía entre discurso que comunicaba una opinión honesta y discurso con incitación a la acción ilegal. Los abogados para el gobierno concordaron en que el caso no tenía que ver con la primera enmienda pero sí con el diseño de la política congresista, una cuestión que la Corte estableció a favor de los Estados Unidos en 1918. Así, la Corte Suprema debería rehusarse a considerar el caso.

En la apelación de Schenck la Corte reglamentó unánimemente sostener la ley de espionaje. En su opinión el ministro Oliver Wendell Holmes expresó lo que se convertiría en su famosa expresión sobre el **peligro claro y presente** (*Clear and present danger*) para determinar los límites de la protección de la primera enmienda del discurso político. El análisis de Holmes consideró el contexto del discurso así como la intención de las personas que enviaron los panfletos. **“La cuestión en cada caso es si las palabras utilizadas se usan en tales circunstancias y tienen esa naturaleza de crear un peligro claro y actual que traerá los males sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir”** (p. 52). Holmes distinguió los contextos de paz y de guerra y concluyó que las palabras de Schenck constituían un mal ya que la ley aplicaba para conspiraciones así como obstrucción presente de lo militar. Bajo la ley la acción no tenía que ser exitosa para violar la ley. Su análisis no explicó, sin embargo,

porqué el Congreso podía prohibir una conspiración de palabras en primer lugar.

En la opinión de Holmes se sostiene que en tiempos habituales la opinión del Partido Socialista hubiera tenido un derecho basado en la Primera enmienda para distribuir sus panfletos. *“Pero el carácter de cada acto depende en las circunstancias en que es realizado. La más estricta protección de la libertad de expresión podría proteger a un hombre que falsamente **gritara fuego en un teatro** y causara pánico.”* Con una Nación en guerra el Congreso tenía el legítimo y urgente interés de prevenir que el reclutamiento de soldados fuera obstruido y la conducta de Schenck tenía tanto la intención como la tendencia de obstruir ese reclutamiento. La prueba propuesta por Holmes de peligro claro e actual requiere que la probabilidad sea elevada, aunque no tan evidente como en un teatro lleno de gente en el que se grita falsamente ¡fuego! El daño, también, debe ser inminente. Cuanto mayor es la probabilidad que ocurra, mayor es el daño esperado y por lo tanto mayor la justificación de prevenir el discurso que crea el peligro. La probabilidad es mayor cuanto más claro, es decir más cierto, y más inmediato es el daño. Podemos agregar la **magnitud** del daño como dato relevante.

La inmediatez del daño trae una importancia adicional tal cual se demuestra en el daño traído por el grito de “¡fuego!” en un teatro lleno. Cuanto más inmediato es el daño es menos posible confiar en la **competencia entre distintos oradores** y otras formas de información para prevenir el daño. Existe una **falla de mercado** cuando el discurso peligroso ocurre en circunstancias en que no es posible un contra discurso, una forma de competencia que protege los intereses de la audiencia de la misma manera que la competencia en los mercados protege a los consumidores. De esta manera como dice Sunstein sin una muestra de probable, inmediato y grave daño el gobierno no puede reglamentar el discurso político.<sup>39</sup>

Holmes utilizó la metáfora del mercado para expresar la idea de la libertad de expresión en una disidencia escrita meses después de este caso. Dijo que una idea es verdadera solamente si prevalece sobre otras ideas en el mercado de ideas.<sup>40</sup> Por lo tanto, el gobierno restringe el conocimiento de la verdad si suprime la competencia de ideas.

El escepticismo de Holmes en estos casos no era que la verdad no fuera indeterminable, sino que era determinada a través de la competencia y por lo tanto requiere de la libertad de expresión y es

---

<sup>39</sup> Cass Sunstein. Democracy and the problem of free speech. 1993. p. 122.

<sup>40</sup> Abrams v. United States, 250 US 616, la idea original es de Charles Sanders Pierce el fundador del pragmatismo. Por supuesto la extensión del concepto de verdad es relativa, ya que toda verdad es siempre aproximada.

eliminada por la censura. Posner establece como corolario de esta idea que, cuando la determinación de la verdad no requiere de un proceso competitivo, como es el caso de la propaganda y de las calumnias, la argumentación a favor de las limitaciones a la libertad de expresión son mucho más fuertes.<sup>41</sup>

### **Gitlow vs. New York 268 U.S. 652 (1925),**

debatido el 12 de abril de 1923, re debatido el 23 de noviembre de 1923, decidido el 8 de junio de 1925 por voto de 7 a 2; Sanford para la Corte, Holmes y Brandeis en disenso. El punto de inflexión del caso Gitlow marca el comienzo de la “incorporación” de la primera enmienda como una limitación en los estados. Este proceso, que continuó selectivamente los siguientes 50 años, resultó en grandes cambios en la ley moderna de libertades civiles, brindándole a los ciudadanos un remedio federal si los estados les privaban de sus derechos fundamentales. Irónicamente, sin embargo, la Corte rechazó el reclamo de libertad de expresión de Gitlow. En esa época el significado de la reglamentación era doctrinario.

Benjamin Gitlow era miembro de la sección del ala izquierda del partido socialista. Fue condenado por violar la ley de anarquía criminal de Nueva York de 1902, que consideraba un crimen abogar por un violento derrocamiento del gobierno. Específicamente, había sido arrestado durante el Red Scare de 1920 por escribir, publicar y distribuir 16 mil copias de un panfleto llamado Manifiesto del ala izquierda, que urgía por el establecimiento del socialismo a través de huelgas y “acción de clases... en cualquier forma”. También fue condenado por ser una “persona maligna y perniciosa” con una “disposición retorcida y turbulenta”, que trató de “excitar el descontento y el resentimiento”. En su juicio, el afamado abogado Clarence Darrow buscó enmarcar el tema como libertad de expresión sobre las bases de que el Manifiesto del ala izquierda no abogaba nada más que el impulso hacia la doctrina abstracta. La Corte de Nueva York, sin embargo, reglamentó que los comunistas debían ser responsables por el peligro potencial de sus conceptos abstractos y sostuvo la condena.

La Corte Suprema usó este caso para examinar el concepto de que las protecciones de expresión y prensa de la primera enmienda deberían ser extendidas a los estados. El reporte Gitlow, preparado por el brillante abogado de ACLU <sup>42</sup> Walter H. Pollak, argumentó persuasivamente que la libertad de expresión era un derecho a ser protegido en contra de la censura del estado. Esto fue establecido por la determinación autoritaria del significado de libertad como se utilizó en la catorceava enmienda y por declaraciones implícitas con respecto

---

<sup>41</sup> Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*. Harvard University Press. 2001. p. 86.

<sup>42</sup> La American Civil Liberties Union.



al derecho relacionado de libertad de asamblea. La Corte estaba impresionada. El ministro Edward T. Sanford, hablando por la mayoría, concordó que “para propósitos presentes, podemos y asumimos que la libertad de expresión y de prensa... están entre los derechos personales fundamentales y libertades protegidos por la cláusula del debido proceso de la catorceava enmienda en detrimento de los estados” (p. 666). A pesar de todo sostuvo la ley de Nueva York y la condena de Gitlow. “Un estado puede castigar expresiones que hagan peligrar las fundaciones del gobierno organizado y que atemoricen con su derrocamiento por medios no legales”, escribió Sanford (p. 667). El panfleto de Gitlow, mientras que no incitaba inmediatamente la acción criminal, podía ser visto como un “destello revolucionario” que podía convertirse en el tiempo en “un fuego arrasador y destructivo” (p. 669).

El ministro Oliver Wendell Holmes escribió un famoso disenso con el que el ministro Louis D. Brandeis concordó. No estaba de acuerdo con la reglamentación de la mayoría de que las palabras separadas de la acción podían ser castigadas. Holmes declaró, “la única diferencia entre la expresión de una opinión y una incitación en el más estrecho sentido es el entusiasmo del que habla por el resultado. La elocuencia puede prender el fuego a la razón. Pero cualquier cosa que pueda ser pensada del discurso redundante ante nosotros, no tenía oportunidad de empezar con el fuego” (p. 673). Esta visión, que reclamó el castigo de acción, no de expresión, bajo la clara y actual doctrina del peligro, fue aceptada por la Corte Suprema en la década de 1960.

La decisión Gitlow inició la “incorporación” de la primera enmienda. No fue hasta *Stromberg vs. California* (1931), sin embargo, que la Corte reglamentó una ley estatal de inconstitucional sobre bases de libertad de expresión de la primera enmienda.

### **Whitney vs. California 274 U.S. 357 (1927).**

Argumentado el 18 de marzo de 1926, decidido el 26 de mayo de 1927 por voto de 9 a 0; Sanford para la Corte, Brandeis y Holmes concordando. En 1919, California aprobó una ley de sindicalismo criminal designada para restringir las actividades de Industrial Workers of the World (IWW), un sindicato activista en los campos agricultores y forestales del estado. La ley prohibía defender cambios en el sistema de la propiedad industrial o control político.

La primera acusación significativa bajo la ley incluía a Charlotte Anita Whitney, activista social y miembro prominente del partido socialista. A fines de 1919 las autoridades la arrestaron por participar en una convención del partido comunista laborista en noviembre, una organización de la que recientemente había renunciado. En el juicio de Whitney, la acusación introdujo considerable literatura de IWW con

la intención de ligar la organización al partido comunista laborista, que generalmente había endosado objetivos de IWW. Whitney no negó su corta membresía al partido comunista laborista, y el jurado solamente la condenó por eso - un ejemplo clásico de culpa por asociación.

Subsiguientemente, la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo unánimemente la ley California sobre la base del poder estatal de proteger al público de la acción política violenta. Sin embargo, en su concordancia, el ministro Wendell Holmes refutó que los abogados de Whitney deberían haber argumentado por una evaluación de peligro actual y claro para distinguir entre membresía y acción peligrosa. Razonaron que la protección de la libertad de la cláusula de debido proceso de la decimocuarta enmienda se relacionaba con la primera enmienda para proteger la libertad de asamblea contra la regulación estatal.

La concordancia de Brandeis se convirtió en un paso importante en la eventual aceptación por parte de la Corte de la evaluación de peligro actual y claro (*clear and present danger*). En **Brandenburg vs. Ohio (1969)** la Suprema Corte desestimó Whitney, pero una versión modificada de la ley permanece vigente.

**Los personalidades públicas, el requisito de la real malicia.  
El caso New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)**

*El demandado un funcionario electo en Montgomery, Alabama, presentó una querrela en un tribunal local alegando que había sido calumniado (libeled) por un aviso en el diario de la sociedad recurrente, cuyo texto aparecía sobre los nombres de cuatro individuos recurrentes y muchos otros. El aviso incluía declaraciones, algunas de las cuales eran falsas, sobre la acción policial aparentemente dirigida contra los estudiantes que participaban en el movimiento de derechos civiles, el demandado atacó las declaraciones referidas a él porque sus funciones incluyen la supervisión del departamento de policía. El juez interviniente instruyó al jurado que esas declaraciones eran “calumniosas de por sí”, el agravio legal estaba implícito sin prueba de los daños efectivos y que con el objetivo de determinar la compensación de los daños la malicia se presumía, de tal manera que esa compensación podía ser concedida contra los recurrentes si las declaraciones habían sido publicados por ellos y eran relacionados al demandado. En cuanto a las indemnizaciones punitivas (punitive damages), el juez instruyó que la mera negligencia no era evidencia de la actual malicia (actual malice)<sup>43</sup> y no justificaría la concesión de indemnización punitiva, se negó a instruir que la intención actual de dañar o de imprudencia debía ser*

---

<sup>43</sup> En los precedentes de la Corte Suprema argentina el término “actual malice” se tradujo como “real malicia”

*demostrada antes que las compensaciones punitivas pudieran ser concedidas, o que el veredicto para el demandado pudiera diferenciar entre indemnización por compensación y por punición. El jurado dio la razón al demandado y la Corte Suprema del Estado confirmó.*

*La Corte sostuvo (held),*

*Un Estado no puede bajo la primera o décimo cuarta enmienda conceder indemnización a un funcionario público por falsedad calumniosa referida a su conducta oficial a menos que pruebe la "malicia actual" que la comunicación fuera realizada con conocimiento de su falsedad o con una negligente (reckless) desconsideración sobre si era verdadera o falsa. P. 265.*

*..(b) la expresión no pierde su protección constitucional a la cual tiene por otra parte derecho, porque aparece en forma de un aviso pagado. P. 265.*

*(c) El error de hecho, el contenido difamatorio de la reputación del funcionario, o ambos son insuficientes para conceder indemnización por declaraciones falsas a menos que exista "actual malicia", el conocimiento que las declaraciones son falsas o en una desconsideración negligente de la verdad, que sea alegada y probada. P. 279.*

*(d) el fallo del tribunal local dio un veredicto que no diferencia entre las indemnizaciones punitivas, sobre las que bajo la ley local la actual malicia debe ser probada, y las indemnizaciones generales sobre las que se "presume" su existencia, esto precluye cualquier determinación sobre la base del veredicto y debe ser revisada cuando la presunción de malicia sea inconsistente con los requerimientos constitucionales. P. 284.*

*(e) la evidencia era constitucionalmente insuficiente para apoyar el fallo en favor del demandado, ya que no logró demostrar que las declaraciones fueron hechas con actual malicia o que se relacionaban con el demandado.*

### ***El discurso político.***

El mantenimiento de la competencia democrática y evitar caer en el despotismo requiere del debate político libre y de la amplia diseminación de la información entre los votantes. Cualquier restricción del discurso político limita la democracia al disminuir la competencia política. La democracia requiere de una protección continuada de la expresión frente a los fanáticos que reclaman de privilegios especiales por su conocimiento de la verdad. Conceptos como "tengo el derecho de perseguirlo porque yo tengo la razón y Ud. está equivocado" <sup>44</sup> son más habituales de imaginado en sociedades actuales. El discurso político debe gozar de la más alta protección

---

<sup>44</sup> Atribuido a Bossuet por Rawls en *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 61. Expresiones similares pueden encontrarse en ideologías más recientes aunque generalmente con un discurso justificatorio diferente.

constitucional en una democracia debido a su necesidad central para la competencia política. El discurso político ha sido llamado un bien público doble, porque expresa ideas y constituye la participación en el debate político.<sup>45</sup> Dreze y Sen demuestran que una prensa libre previene las catástrofes alimentarias en los países en desarrollo al publicitar las desastrosas decisiones políticas que las causan.<sup>46</sup> Desde este punto de vista la libertad de expresión es un “bien de mérito” .

### ***El financiamiento de los partidos políticos.***

En una sociedad anónima los accionistas votan en proporción de sus inversiones, pero un gobierno por los más ricos funciona bien en una empresa privada pero mal en los Estados. Si bien pocos ciudadanos abandonarían la democracia por la plutocracia, la dificultad radica en encontrar un límite a la influencia política del dinero. Un medio es la limitación de las donaciones particulares a los candidatos o los partidos, el otro es el de establecer un financiamiento público a las organizaciones políticas.

La reforma de 1994 introdujo la obligación pública de sostenimiento económico de los partidos políticos.

#### *Artículo 38*

*El estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes.*

*Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.*

Existen algunas preguntas sobre el procedimiento de subvención económica a los partidos.

El primero es saber si el mandato constitucional no impone prioritariamente la capacitación de sus dirigentes y militantes y es a ella que deben ir primariamente los fondos públicos. Es por ello que no deberían utilizarse fondos públicos para las campañas electorales. Esto último se transforma también en un subsidio indirecto a los canales de televisión ya que finalmente irán a la propaganda electoral. Ello lleva también a una posible extorsión de los partidos por los medios que no invitarán a sus programas periodísticos a aquellos dirigentes que no compren propaganda electoral por ese medio, aunque esa propaganda sea ineficaz.

La segunda es conocer la dimensión que debe tener el financiamiento público sobre la financiación total de la actividad política, si es una pequeña parte dirigida al entrenamiento de sus militantes o si es la

---

<sup>45</sup> Cf Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, p. 313.

<sup>46</sup> Amartya Sen, *Desarrollo y Libertad*. Planeta 2000. p, 221. Se debe tener en cuenta que los mercados libres de alimentos y la existencia de crédito tienen probablemente una parte igualmente importante a la de la libertad de expresión en suprimir las catástrofes alimentarias.

principal fuente de ingresos. En este último caso se transformaría a los partidos en órganos públicos y a sus dirigentes en burócratas.

La tercera es saber la financiación pública se transforma en una **limitación a la militancia política** ya que dirige la actividad de los dirigentes políticos a obtener el subsidio estatal o aún privado. Transforma y los separa del contacto con el afiliado, militante o adherente que debiera ser su fuente primaria de sostén. Quién desea votar por un candidato puede estar también dispuesto a apoyarlo con una contribución económica.

La cuarta es saber si no es un error de enfoque el concentrarse en el subsidio público a la actividad política y no centrarse en la **reglamentación de las donaciones** de particulares a los partidos durante las elecciones. Un control ineficaz de las donaciones puede transformar a los partidos en rehenes de los grupos de interés independientemente de la existencia de las contribuciones públicas. Una elección no se paga con el subsidio estatal y la búsqueda de fondos de particulares puede condicionar la existencia y la política futura de los candidatos.

En la quinta conviene preguntarse si la forma actual del subsidio a los partidos no lleva a una **crystalización de la política** ya que al recibir los fondos teniendo en cuenta la elección anterior los partidos existentes tendrán un privilegio sobre los nuevos. Se premia al triunfador que además probablemente sea además el partido de gobierno.

En cuanto a las donaciones privadas a los partidos y campañas políticas, en general los sistemas políticos son muy porosos para permitir ingresos importantes de orígenes particulares. El sistema norteamericano ha sido calificado como “cuasi sobornos tenuemente disfrazados” para los funcionarios electos.<sup>47</sup> Un sistema que permite donaciones amplias respeta la libertad de expresión pero magnifica la influencia de los grupos de interés. Al mismo tiempo puede ser un obstáculo a las ideas de los desorganizados o sin medios.

Sin embargo, los daños que podrían producir las donaciones privadas son difícilmente evitables. Los individuos o grupos que tienen una mayor cantidad de medios tiene una mayor capacidad para gastarlos para influir en la opinión pública. Esta desigualdad no parece una razón convincente para limitar la libertad de expresión. De alguna manera el mercado de ideas es lo suficientemente fuerte como para limitar las desigualdades de gastos de los consumidores y productores en ese mercado. La opinión pública es inelástica a los gastos producidos para influirla.

---

<sup>47</sup> Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*. Harvard, 2001, p. 89.

La limitación de los gastos de campaña puede crear una distorsión en el mercado de ideas al hacer más difícil enfrentar al ocupante actual de un cargo. Para ingresar al mercado un producto tiene que publicitarse más activamente que los productos existentes que son conocidos por los consumidores.

El tema de la limitación a las donaciones particulares a los partidos políticos y a los candidatos fue ampliamente considerada por la Corte Suprema de Estados Unidos.

### **Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)**

debatido el 16 de noviembre de 1975, decidido el 30 de enero de 1976 por una variedad de votos en cuestiones específicas; la opinión no fue firmada. Burger, Blackmun, Rehnquist, White y Marshall todos disintieron en parte, Stevens no participó. En pocas ocasiones la Corte ha reconstruido la legislación del Congreso en tantos particulares sustanciales como lo hizo en este caso al reglamentar las diversas provisiones de la ley de Campaña de la Elección Federal (Federal Election Campaign Act) de 1971, como fue enmendado en 1974, y en provisiones relevantes de la Ley de Renta de 1971, como fue enmendado en 1974. Como indica la opinión per Curiam, diferentes mayorías de los ocho ministros de la Corte participantes decidieron los varios desafíos elevados por los candidatos y otros que buscaban prevenir la nueva legislación de campaña de efectivizarse en la elección de 1976.

La Corte invalidó una provisión de la ley que permitía al Congreso elegir una mayoría de miembros votantes de la Comisión de la Elección Federal (FEC) creada para administrar y aplicar la FECA. Sostuvo que este arreglo violaba la Cláusula de Designaciones que daba poder sólo al Presidente para nominar a tales funcionarios la Corte efectivamente le dijo al Congreso que reescribiera esta porción de la FECA (que lo hizo) para mantener los poderes considerables de la FEC. Las competencias en sí mismos fueron sostenidas, como así también lo fueron los requerimientos de declaración detallada e informes.

Más complicados fueron los holdings de la Corte en los desafíos a la primera enmienda sobre libertad de expresión a las restricciones de la FECA de las contribuciones y desembolsos en las elecciones federales. Se sostuvieron varios límites de contribución (por ejemplo, el máximo de mil dólares que cada individuo puede contribuir con un candidato al Congreso o a Presidente en cada elección de campaña) sobre la base de que son armás legislativas apropiadas contra la influencia impropia emanada de la dependencia de los candidatos a las grandes contribuciones. Por otra parte, los límites de desembolsos fueron invalidados como restricciones sustanciales y directas en la expresión política, violando la primera enmienda. La Corte, de esta manera,

borró el intento del Congreso de modificar no sólo los límites generales de los desembolsos de un candidato, sino también los límites de cuánto pueden gastar otras personas relacionados con un candidato (aparte de contribuciones directas al candidato) y los límites de cuánto pueden gastar los candidatos de sus propios fondos o de los de su familia.

La invalidación del último de estos límites ilustra la naturaleza de la distinción de la Corte entre contribuciones y desembolsos. Usando millones de dólares propios en una campaña, a pesar de sustituir efectivamente grandes contribuciones de otros, no corrompe o no parece corromper al candidato. De todas formas, los oponentes con pocos recursos bien pueden considerar la libertad garantizada por la Corte de un candidato rico para gastar millones de dólares de la riqueza familiar, como una ventaja especialmente injusta porque ellos no pueden, bajo la ley, compensarlo, encontrando unos pocos contribuyentes importantes. Un pretexto legal más grande y significativo fue creado por la invalidación de la Corte de la provisión para limitar el gasto de individuos y grupos que ayudan a los candidatos. Estos desembolsos sólo necesitan ser “independientes” del candidato y del comité de campaña del candidato para ser ilimitados ya que las contribuciones de estos últimos no lo son.

Contrastando su respuesta mixta a las regulaciones del Congreso de financiamiento privado de campaña, la Corte sostuvo las nuevas provisiones para la utilización de fondos públicos de las campañas presidenciales. Estas provisiones incluyen los descuentos de los impuestos a la renta de los fondos para partidos para conducir convenciones de nominación presidencial, para candidatos primarios presidenciales y para candidatos presidenciales de una elección general. Dicha recaudación, sostuvo la Corte, está dentro de los poderes del Congreso de gastar bajo la Cláusula General de Bienestar, y no viola ni la primera enmienda ni la Cláusula de debido proceso de la quinta enmienda. El último tema surgió porque el arreglo para distribuir los fondos parecía ayudar más a los grandes partidos y sus candidatos que a los menores partidos, nuevos partidos o partidos independientes. Pero la Corte interpretó la ley como una oportunidad suficiente para los partidos menores y sus candidatos, para calificar para fondos públicos, aún en niveles bajos.

Un último elemento debe ser tenido en cuenta. En cuanto a sostener la utilización de fondos públicos, la Corte también estableció que es constitucionalmente válido requerir, como lo hizo el Congreso, que un candidato presidencial deba estar de acuerdo con un tope de desembolso como una condición para recibir tal fondo. Un tope aceptado voluntariamente no recae bajo la prohibición de la Corte de topes de desembolso. De acuerdo a esto, si el Congreso o las legislaturas estatales quisieran fijar topes de desembolso para los candidatos para otros oficios, el medio constitucional para hacerlo

establecer topes con el otorgamiento de los fondos públicos. Pero la Corte dejó en claro, en **Federal Election Commission v. National Conservative Political Action Committee (1985)**, que tales topes no pueden ser aplicados a aquellos que gastan independientemente para ayudar a un candidato con fondos públicos.

***Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al. 424 U.S. 1***

*Per Curiam.*

*Estas apelaciones plantean ataques constitucionales a las normas centrales de la Ley de Campañas en las elecciones federales de 1971... Las principales limitaciones en contribuciones y gastos establecidos en la Ley prohíben a los individuos a contribuir más de \$25.000 en un mismo año o más de \$1000 en un mismo candidato durante una campaña electoral y gastar más de \$1000 por año "relativo a un candidato claramente identificable". Otras disposiciones.. limitan el monto total que puede ser gastado por un candidato en su campaña por un cargo federal. ..*

*Las limitaciones establecidas por la Ley en materia de contribución y gastos operan en un área de actividades más fundamentales de actividades de la Primera Enmienda. <sup>48</sup> La discusión sobre las cuestiones publicas y el debate sobre las calificaciones de los candidatos es integral al funcionamiento del sistema de gobierno establecido en nuestra Constitución... En una republica donde el pueblo es soberano, la capacidad de los ciudadanos para hacer elecciones informadas entre los candidatos a un cargo público es esencial, porque las identidades de los que son elegidos marcaran el camino que debemos seguir como una nación. ..*

*Una restricción sobre la cantidad de dinero una persona o grupo puede gastar en la comunicación política durante la campaña reduce la cantidad de expresión al restringir el numero de cuestiones discutidas, la profundidad de su exploración y el tamaño de la audiencia a la que se llegue. Esto es debido a que virtualmente todos los medios de comunicación de ideas en la sociedad de masas actual requiere del gasto de dinero. La distribución del panfleto o folleto más humilde supone costos de impresión, papel y circulación. Los discursos y reuniones generalmente necesitan alquilar un local y publicitar el evento. La dependencia creciente del electorado de la televisión, la radio y otros medios masivos para obtener noticias e información ha hechos que estos modos de comunicación costosos sean instrumentos indispensables del discurso político efectivo...*

*En contraste con la limitación en los gastos de expresión política, una limitación sobre el monto que una persona cualquiera o grupo puede contribuir a un candidato o comité político supone una restricción marginal sobre la capacidad del donante a estar asociado a la libre comunicación. Una contribución sirve como una expresión general de apoyo para un candidato y sus opiniones, pero no comunica la base*

---

<sup>48</sup> La primera enmienda se refiere a la libertad de expresión.



*subyacente del apoyo. La cantidad de comunicación efectuada por el donante no aumenta perceptiblemente con el tamaño de su contribución ya que la contribución se basa exclusivamente en el acto indiferenciado y simbólico de contribuir. A lo sumo, el tamaño de la contribución provee de un índice muy áspero de la intensidad del apoyo del donante para el candidato. Una limitación de la cantidad de dinero una persona puede dar a la organización de un candidato o de campaña supone, por lo tanto, una pequeña limitación directa en su comunicación política.*

*Los apelantes sostienen que las restricciones de la ley para las grandes contribuciones en las campañas están justificadas por tres intereses gubernamentales. De acuerdo con las partes y los amici, el interés primario que cumplen las limitaciones y, también por la Ley en su conjunto, es la prevención de la corrupción y de la apariencia de la corrupción engendrados por la influencia coercitiva imaginada o real de las grandes contribuciones financieras sobre las posiciones de los candidatos y sus acciones si son elegidos para el cargo... Primero, los límites sirven para enmudecer las voces de las personas adineradas y los grupos en el proceso de elección y por lo tanto para igualar la capacidad relativa de todos los ciudadanos para influir el resultado de las elecciones. Segundo, se sostiene que los límites actúan en alguna medida como un freno al costo sideral de las campañas políticas y por lo tanto sirven para abrir el sistema político más ampliamente a candidatos sin acceso a fuentes amplias de dinero.*

*Es innecesario ir más allá del objetivo primario de la ley, de limitar la realidad y la apariencia de corrupción resultante de grandes contribuciones financieras individuales, para encontrar una justificación constitucional suficiente para el límite de contribuciones de \$1000. Bajo sistema de financiación privada de las elecciones un candidato que no tiene un patrimonio personal o familiar inmenso debe depender de las contribuciones financieras de otros para proveerse de los recursos necesarios para conducir una campaña exitosa. La importancia creciente de los medios de comunicación y los sofisticados correos masivos y operaciones de encuestas para las campañas efectivas hacen que la búsqueda de largas sumas de dinero sea un ingrediente esencial para una candidatura efectiva. En la medida que grandes contribuciones sean dadas para asegurar un quid pro quo político de los actuales o posibles ocupantes del poder, la integridad de nuestro sistema de democracia representativa esta socavada. ..*

*Los límites de gasto de la Ley imponen restricciones directas y sustanciales en la calidad del discurso político. El más drástico de los límites restringe a los individuos y grupos, incluyendo a los partidos políticos que fracasan en ubicar un candidato en la elección, a un gasto de \$1000 "relativo a un candidato claramente identificado durante el año calendario". .. Consideramos que el interés gubernamental en prevenir la corrupción y la apariencia de corrupción es inadecuada para justificar el techo en los gastos independientes relativos a un candidato claramente identificable.*

*Se sostiene, sin embargo, que el interés gubernamental en igualar la capacidad relativa de los individuos y grupos para influir el resultado*

*de las elecciones sirve para justificar los límites de la defensa efectiva de la elección o de la derrota de candidatos impuesta por un techo de gastos. Pero el concepto que el gobierno pueda restringir el discurso de algunos elementos de nuestra sociedad con el objetivo de aumentar la voz relativa de otros es totalmente ajeno a la Primera Enmienda, que ha sido diseñada para “asegurar la más amplia diseminación de información de fuentes diversas o antagónicas” y “para asegurar el intercambio sin trabas de ideas para obtener los cambios políticos y sociales deseados por el pueblo.” La protección de la Primera Enmienda contra la limitación gubernamental de la libertad de expresión no puede ser efectuada correctamente dependiendo de la capacidad financiera de una persona para incorporarse a la discusión pública. ..*

*La sección 608(c) de la Ley establece límites a los gastos generales de campaña por candidatos que buscan una nominación para la elección y la elección en cargos federales. Los candidatos presidenciales pueden gastar \$10.000.000 para obtener la nominación y \$20.000.000 adicionales en la campaña de la elección federal... [menciona los límites para otras elecciones].*

*Ningún interés gubernamental que se ha sugerido es suficiente para justificar la restricción a la cantidad de expresión política impuesta por los límites de gastos de campaña de la Ley.*

*Los techos establecidos para los gastos de campaña aparecen como diseñados primariamente para preservar los intereses gubernamentales de reducir los costos aparentemente siderales de las campañas políticas.. El mero aumento en los costos de las campañas electorales federales en sí mismo no provee una base para las restricciones gubernamentales en la cantidad de los gastos de las campañas federales. La Primera Enmienda niega al gobierno el poder de determinar que ese gasto para promover nuestras visiones políticas sea excesivo, o poco sabio..*

*En suma, las disposiciones de la ley que imponen una limitación de \$1000 a las contribuciones de un solo candidato, una limitación de \$5000 a las contribuciones de un comité político a un candidato único, y una limitación de \$25.000 a las contribuciones totales por un individuo durante un año calendario son válidas constitucionalmente. Estas limitaciones constituyen las armas primarias de la Ley contra la realidad o apariencia de influencia impropia que surja de la dependencia de los candidatos de grandes contribuciones. Los techos de contribuciones sirven por lo tanto del interés gubernamental básico en salvaguardar la integridad de los procesos electorales sin tocar directamente los derechos de los ciudadanos individuales y los candidatos a entablar un debate y discusión políticos. Por el contrario, la Primera Enmienda requiere invalidar el techo de gastos independientes establecidos por la Ley, así como sus límites en los gastos generales de la campaña. Estas disposiciones imponen restricciones sustanciales y directas en la capacidad de los candidatos, ciudadanos y asociaciones para entablar una expresión política protegida, restricciones estas que la Primera Enmienda no puede tolerar.”*

## **El caso Federal Election Commission v. National Conservative PAC, 470 U.S. 480 (1985)**

El caso analiza la situación de los Comités de Acción política **PAC** y las contribuciones públicas en las campañas electorales.

*La ley de financiamiento de campañas electorales presidenciales ofrece a los candidatos a Presidente de los principales partidos políticos la opción de recibir financiamiento público para las elecciones generales. Si el candidato elige el financiamiento público, la ley establece un delito para el "comité político" que gaste más de \$1000 para apoyar la elección de ese candidato. Considerando que [esa disposición] prohibiría a los comités políticos independientes que intentaran gastos sustanciales a favor de la reelección del Presidente Reagan en 1984, el partido Demócrata y el Comité Nacional Demócrata iniciaron una acción en un juzgado federal.. buscando una declaración de constitucionalidad de la ley. La Comisión Federal de elecciones inició una acción separada contra los mismos demandados buscando la misma solución...*

La Corte Suprema sostuvo.

2. La sección 9012(f) [de la ley] viola la Primera Enmienda.

- (d) los gastos en cuestión están claramente prohibidos [por la ley].. y como productores de un discurso y en el centro de la primera enmienda y suponiendo la libertad de asociación, están protegidos completamente bajo la Enmienda. p. 496.*
- (e) La limitación sobre gastos independientes por comités políticos es constitucionalmente débil, en la ausencia de alguna indicación que esos gastos tengan una tendencia a corromper o dar una imagen de corrupción. Pero aún asumiendo que el Congreso podría concluir equitativamente que las comités de acción política de gran escala tienden una tendencia suficiente para corromper, [la ley] es una respuesta excesiva para ese mal. No está limitada para cajas de dólares multimillonarias, sino que se aplica igualmente a grupos de discusión informales que solicitan contribuciones a los vecinos para publicitar sus opiniones sobre un Presidente en particular. p. 500.*
- (f) [la Ley] no puede ser sostenida como una medida profiláctica que el Congreso considera necesaria. Los grupos y asociaciones en cuestión aquí, diseñados expresamente para participar en el debate político, son bastante diferentes de las organizaciones tradicionales, organizadas para la ganancia económica y a las que pueden correctamente prohibírseles hacer contribuciones a candidatos políticos. p. 500.*

### **El discurso comercial.**

La forma principal del discurso comercial es la propaganda, la propaganda aumenta la demanda de ciertos bienes a través de la oferta de información y de la alteración de los gustos. La oferta de

información a través de la propaganda promueve la competencia mientras que la regulación del debate comercial puede suprimirla. Los grupos comerciales y también profesionales buscan muchas veces “rentas” induciendo a la administración a imponer límites en la publicidad y otras formas de discurso comercial. Esta fue la razón por la Corte Suprema de EEUU declaró inconstitucional la prohibición que efectuaban los colegios de abogados a sus asociados de publicitar sus servicios. Luego que las restricciones fueran eliminadas los abogados comenzaron a publicitar sus servicios lo que intensificó la competencia y facilitó el acceso de los servicios jurídicos al público.

Sin embargo, el discurso comercial tiene una protección menor que el discurso político. La teoría económica de la libertad de expresión provee una justificación para proteger al discurso político con mayor énfasis que el comercial. Mientras que la libertad de expresión promueve la competencia en la actividad política y en el comercio, los dos tipos de protección difieren en importancia. Dado el monopolio estatal de la fuerza, la competencia por los cargos públicos es más importante que la competencia en el mercado de un determinado producto. **El riesgo para la democracia de la pérdida de la competencia política plantea un peligro mayor para el público que el riesgo de monopolio en algunos mercados.**

La segunda razón concierne a la diferencia entre bienes públicos y privados. Los bienes privados generalmente afectan a quienes los consumen y producen, la mayoría de los beneficios de la publicidad son utilizados a quienes consumen un producto y a quienes los publicitan y venden, pero a terceras partes. En este sentido, la propaganda se asemeja a un bien privado con pocos beneficios externos, pero no a un bien público con muchos beneficios externos. En cambio, la legislación tiene efectos generales sobre la sociedad. Las mayores externalidades del mercado político sobre las que existen en los mercados de bienes justifican una protección constitucional mayor del discurso político que en discurso comercial.

**El caso Virginia. Pharmacy Bd. v. Virginia. Consumer council, 425 U.S. 748 (1976)**

Los apelantes, como consumidores de medicamentos bajo receta demandaron a la Comisión de Farmacia del Estado de Virginia y a sus miembros individuales, que ahora apelan, atacando la validez bajo la Primera y decimocuarta enmienda, de la ley de Virginia que declara que es una conducta no profesional de un farmacéutico licenciado, la de hacer propaganda de los precios de los medicamentos bajo receta. Un panel de tres jueces en la primera instancia declaró a la ley nula y prohibió a los apelantes aplicarla.

*2. El “discurso comercial” no está totalmente fuera de la protección de las enmiendas Primera y Décimo cuarta, la ley de Virginia es por lo tanto nula. (p. 761).*

(a) **Que el interés de quién hace la propaganda sea puramente económico no lo descalifica de la protección** de las enmiendas Primera y Décimo cuarta. Tanto el consumidor individual como la sociedad pueden tener fuertes intereses en el libre flujo de la información comercial. P. 762.

(b) La prohibición de la propaganda de los precios de los medicamentos bajo receta no puede ser justificado sobre la base del interés del Estado en mantener el profesionalismo de sus farmacéuticos licenciados, el Estado tiene la libertad de exigir los estándares profesionales que desee de sus farmacéuticos y los puede subsidiar y proteger de la competencia por otros medios, pero **no puede hacerlo manteniendo al público ignorante de las condiciones legítimas que los farmacéuticos en libre competencia ofrecen.**

(c) Cualquiera fueren los límites de tiempo, lugar y forma que pudieran restringir al discurso comercial, son claramente superados por la ley de Virginia que identifica a un discurso de contenido particular y busca impedir completamente su difusión.

(d) Ningún reclamo se ha hecho que las propagandas de medicamentos bajo receta hubieran sido falsas, engañosas o que propusieran transacciones ilegales, y el Estado no puede impedir la diseminación de información reconocida como correcta sobre una actividad completamente legítima, solamente por el temor de los efectos de la información sobre sus difusiones y receptores. P. 771

### **Las exhibiciones obscenas.**

Tomemos el ejemplo extremo de un discurso valuado privadamente, la pornografía. Los consumidores de pornografía valúan el placer que les produce y están dispuestos a pagar un precio, a veces elevado por ella. Muchas personas, sin embargo, consideran que la pornografía crea externalidades negativas y no positivas. Por ejemplo, quienes consideran que promueve la violencia hacia las mujeres.<sup>49</sup> Si este fuera el caso, el caso para la protección constitucional de la pornografía es débil en comparación con el discurso comercial o el discurso político. El problema principal es la exposición involuntaria, es decir no buscada, al discurso obsceno o pornográfico. Como la contaminación, la exposición involuntaria a imágenes que el observador considera objetables es una externalidad. Como la economía respeta las preferencias de los individuos, sus sentimientos determinan los costos sociales de la observación de pornografía en forma involuntaria.

Una situación diferente es la del discurso pornográfico en privado. En ese caso sería parte de una acción privada fuera de la autoridad

---

<sup>49</sup> Catherine MacKinnon. *Feminism Unmodified*. Harvard University Press. 1987. En general el discurso feminista en este punto es muy firme aunque la evidencia presentada es escasa más allá de anécdotas.

pública. Siempre que no perjudicara a un tercero, lo que excluiría la participación forzada o de menores.

### **El discurso límite y la ironía.**

¿Existe un límite a la ironía en el discurso? Nos plantea la situación del discurso enfurecedor, cuando el mensaje plantea una situación que podría ser considerada de mal gusto extremo. ¿Conserva en estas circunstancias el carácter de un discurso de ideas protegido, es aún en este caso una externalidad positiva? Esta cuestión se planteó en el caso *Hustler v. Falwell* que tuvo una larga difusión e incluso una versión cinematográfica. El precedente es también un compendio de la doctrina de la libertad de expresión.

#### **El caso *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988)**

*El demandado [Jerry Falwell], un ministro conocido nacionalmente y comentarista sobre política y asuntos públicos, planteo una acción.. en una corte federal de distrito contra los recurrentes, una revista de circulación nacional y su propietario, para recibir una indemnización debido, entre otras cosas, a injurias [libel] y haber recibido daño emocional intencional, por la publicación de una parodia de propaganda que, entre otras cosas, mostraba al demandado en una cita incestuosa con su madre..*

La Corte sostuvo:

*Para proteger el libre flujo de ideas y opiniones en temas de interés y preocupación públicos la primera y decimocuarta enmiendas prohíben a las personalidades públicas y a los funcionarios públicos recibir indemnizaciones por daño emocional en razón de la publicación de una caricatura como sería la de la parodia de un aviso en cuestión sin demostrar al mismo tiempo que la publicación contiene una declaración falsa en los hechos que haya sido efectuada con “actual malicia”, es decir, el conocimiento que la declaración es falsa o con un desconocimiento negligente sobre si fue no cierto. El interés del Estado al proteger a las figuras públicas del daño emocional no es suficiente para denegar la protección de la primera enmienda al discurso que sea patentemente ofensivo y que tiene la intención de infligir injuria emocional cuando este discurso pueda no haber sido razonablemente interpretado como estableciendo hechos efectivos de la figura pública en cuestión. Aquí, el demandado es claramente una “figura pública” a los efectos de la primera enmienda y la decisión de los tribunales inferiores que la parodia de aviso no podía ser razonablemente creída debe ser aceptada.*

*Lo enfurecedor [Outrageousness] en el área del discurso político y social tiene una subjetividad inherente que permitiría a un jurado imponer responsabilidad sobre la base de los gustos y visiones del jurado, o probablemente sobre la base de su disgusto de una expresión particular y no puede, en forma consistente con la primera enmienda, ser la base de la concesión de indemnizaciones por la conducta que aquí se analiza.*

*El CHIEF JUSTICE REHNQUIST dió la opinión de la Corte...*

La contracubierta interior del número de noviembre de 1983 de la revista *Hustler* presentaba una "parodia" de una propaganda de licor Campari que contenía el nombre y el retrato del demandado y llevaba un título que decía "Jerry Falwell habla sobre su primera vez". Esta parodia estaba modelada sobre las auténticas propagandas de Campari que incluían entrevistas con variadas celebridades sobre su "primera vez." A pesar que era evidente al final de cada entrevista que esto significaba que era la primera vez que habían probado Campari, los avisos claramente jugaban con un doble sentido sexual sobre el contenido general de la "primera vez". Al copiar la forma y diseño de estos avisos de Campari, los editores de *Hustler* eligieron al demandado como la celebridad presentada y redactaron una supuesta "entrevista" con él en la cual él declara que su "primera vez" fue durante una cita incestuosa y alcohólica con su madre. La parodia de *Hustler* presenta al demandado y a su madre en borrachos e inmorales y sugiere que el demandado es un hipócrita que predica solamente cuando está borracho. En letra chica al final de la página el aviso tiene un reclamo "parodia de aviso, no debe tomarse seriamente". El índice de la revista también presenta al aviso como "Ficción, parodia de aviso y de personalidad."

Este caso nos enfrenta con una nueva cuestión referida a la Primera Enmienda y sus limitaciones sobre la autoridad del Estado para proteger a sus ciudadanos de la inflicción intencionada de daño emocional. Debemos decidir si una figura pública puede recuperar indemnizaciones por el daño emocional causado por la publicación de la parodia de un aviso ofensivo para él y sin duda grosero y repugnante ante los ojos de los demás. El demandado nos quiere ubicar en la situación de encontrar un interés estatal en la protección de las figuras públicas del daño emocional como suficiente para negar la protección de la primera Enmienda al discurso que sea claramente ofensivo y tenga la intención de infligir una injuria emocional, aún cuando el discurso no pueda ser interpretado razonablemente como señalando hechos sobre la figura pública en cuestión. Declinamos hacer esto.

En el corazón de la primera enmienda está el reconocimiento de la importancia fundamental del libre flujo de idea y opiniones en materias de interés y preocupación públicas "la libertad para expresar sus ideas libremente [speak one's mind] no es solamente un aspecto de la libertad individual, y por lo tanto bueno en sí mismo, sino también esencial para la búsqueda común de la verdad y de la vitalidad de la sociedad como un todo. ." *Bose Corp. v. Consumers Union of United States, Inc.*, 466 U.S. 485, 503 -504 (1984). Hemos sido particularmente vigilantes para asegurar que las expresiones individuales de ideas permanezcan libres de sanciones gubernamentales. La primera enmienda no reconoce la idea "falsa". *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 339 (1974) Como lo escribiera el juez Holmes, "cuando los hombres han reconocido que el tiempo ha desvirtuado muchas ideas combatientes, pueden creer aún más que creen que los verdaderos fundamentos de su propia conducta es que el bien último deseado es mejor logrado por el libre comercio de ideas [free trade in ideas], que la mejor prueba de la verdad es el **poder**

**del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado** *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919).

El tipo de debate político robusto que es promovido por la Primera enmienda lleva a crear discursos que son críticos de aquellos que ejercen funciones públicas o a aquellas figuras públicas que están “íntimamente ligadas a la resolución de cuestiones públicas importantes o, en razón de su fama, marcan los eventos en áreas de preocupación de la sociedad en su conjunto. *Associated Press v. Walker, decided with Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 164 (1967). Frankfurter lo expresó sucintamente en *Baumgartner v. United States*, 322 U.S. 665, 673 -674 (1944), cuando dijo que “una de las prerrogativas de la ciudadanía americana es el derecho de criticar a los hombres y medidas públicas.” Esta crítica, inevitablemente, no será siempre razonada o moderada, las figuras públicas así como los funcionarios públicos, estarán siempre sujetos a “ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradablemente agudos.” “El candidato que se jacta de su conducta intachable e integridad prístina no puede convincentemente gritar “Falta” cuando un oponente o un periodista industrioso intenta demostrar lo contrario.” *Monitor Patriot Co. v. Roy*, 401 U.S. 265, 274 (1971)...

Las **declaraciones de hechos falsas son particularmente sin valor, interfieren con la función de búsqueda de la verdad del mercado de ideas, y causan un daño a la reputación individual que no puede ser fácilmente reparada por el contra discurso**, por más que éste sea persuasivo o efectivo. *Gertz*, 418 U.S., at 340, 344. Pero aún a pesar que las falsedades tienen poco valor en y por sí mismas, son “inevitables en un debate libre” y una norma que impusiera la responsabilidad estricta en un director de una publicación por afirmaciones falsas en los hechos tendría indudablemente un efecto gélido sobre el discurso relativo a figuras públicas que tiene un valor constitucional. Las libertades de expresión requieren de un espacio para respirar. Este espacio de respiración es provisto por la norma constitucional que permite a la figuras públicas cobrar por calumnias o difamación solamente cuanto pueden probar tanto que la declaración es falsa como que la declaración ha sido efectuada con el nivel requerido de culpabilidad.

El **demandado, sin embargo, sostiene que un estándar diferente que debe aplicarse en este caso porque aquí el Estado busca prevenir no el daño a la reputación sino el daño emocional severo que sufre una persona que está sometido a una publicación ofensiva.** *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977) (que sostiene que la “actual malicia” no se aplica al daño de apropiación del derecho de publicidad)..

En términos generales la ley no se refiere a la intención de infligir daño emocional como algo que debe recibir mucha atención, es bastante comprensible que muchas sino todas las jurisdicciones hayan elegido hacer civilmente responsables cuando la conducta en cuestión es suficientemente “enfurecedora”. **Pero en el mundo del debate sobre asuntos públicos, muchas cosas hechas con motivos que son**



**menos que admirables están protegidos por la primera enmienda.** En *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964) hemos sostenido que cuando el orador o escritor está motivado por odio o mala voluntad su expresión está protegida por la Primera enmienda.

*“El debate sobre cuestiones públicas no sería inhibido si el orador debe correr con el riesgo de la prueba en tribunales que se expresó con odio, aunque hubiera expresado con odio, expresiones honestamente creía que contribuían al libre intercambio de ideas y a la determinación de la verdad.”*

Por lo tanto, aunque un mal motivo puede ser considerado con el fin de responsabilidad por daño en otras áreas del derecho, creemos que la primera enmienda prohíbe ese resultado en el área de del debate público sobre figuras públicas.

Si pensáramos de otra manera, no habría duda que los caricaturistas políticos y satíricos serían condenados a sentencias de indemnización sin ninguna demostración que su trabajo falsamente difamó a su sujeto... Lo atractivo de una caricatura política está basado muchas veces en la explotación de los rasgos físicos desafortunados o en acontecimientos políticamente embarazosos, una explotación muchas veces calculadas para injuriar los sentimientos del sujeto del retrato. El arte del caricaturista es a menudo no razonado ni equilibrado, pero lacerante y parcial...

El demandado sostiene, sin embargo, que la caricatura en análisis aquí era tan “enfurecedora” que la distinguía de las caricaturas políticas más tradicionales. No hay duda que la caricatura del demandado y de su madre publicada en *Hustler* es en el mejor de los casos un pariente lejano de las caricaturas políticas descritas anteriormente, y en ese caso de una relación pobre. Si se pudiera establecer un estándar principista que separara una de las otras, el discurso público sufriría probablemente un daño pequeño o ningún daño. Pero dudamos que ese estándar exista y estamos bastante seguros que la descripción peyorativa de “enfurecedor” nos provea de uno. Lo enfurecedor “Outrageousness” en el área del discurso político y social tiene una subjetividad que permitiría a un jurado [o juez] imponer responsabilidad sobre la base de gustos o visiones, o sobre la base de su disgusto a una visión particular. El estándar “enfurecedor” va en contra de nuestro rechazo tradicional de permitir indemnizaciones por un discurso que haya tenido un impacto emocional adverso en la audiencia.

## El costo de los derechos.

---

El termino “derechos” tiene muchos matices en su significado. Podemos limitar el análisis a dos alternativas, la ética y la descriptiva. La primera asocia los derechos con principios morales y con ideales. Identifica los derechos preguntándose que derechos tiene moralmente cada persona. Es una búsqueda ética, valorativa y justifica los derechos como intereses humanos que no pueden ser ignorados sin una justificación especial.

Una segunda alternativa plantea los derechos en forma descriptiva y menos valorativa. Esta más interesada en explicar como funcionan efectivamente los sistemas jurídicos y menos orientada hacia su justificación. No es una visión de escepticismo ético sino que se concentra en el estudio de los intereses que una sociedad política organizada protege efectivamente. De esta manera un interés se transforma en un derecho cuando un sistema jurídico concreto dedica recursos para defenderlo.

Esta visión supone a los derechos individuales como consecuencia del derecho vigente. Son derechos concretos y directamente aplicables, no tienen nada de inocentes. Son poderes concedidos por la comunidad política. La existencia de un derecho es asociada a la existencia del Estado y de la Constitución, la anarquía se conjuga con la falta de derechos, con el Estado de naturaleza. Un derecho existe solamente cuando esta incluido en el presupuesto. Esto incluye tanto a las libertades negativas, que requieren la protección del Estado, tanto como las libertades positivas que requieren de la acción del Estado. En el primer caso, tomando como ejemplo los derechos de propiedad, se requiere de un sistema judicial y de una forma de protección policial. En el segundo, como en el caso de las prestaciones de seguridad social, deben ser incluidas en el presupuesto para que se efectúen los pagos correspondientes.

Los derechos individuales son bienes públicos. La calidad y extensión de la protección de los derechos depende de los gastos privados tanto como de los públicos. Como la protección de los derechos impone costos sobre los particulares tanto como en el presupuesto público, necesariamente valen más para algunas personas que para otras. La

libertad de expresión vale necesariamente más para los propietarios de periódicos que para quienes duermen sobre ellos.<sup>50</sup>

Los derechos tienen costos sociales al mismo tiempo que costos presupuestarios. Por ejemplo los daños efectuados a particulares efectuados por imputados que han sido liberados por el sistema judicial pueden ser considerados como los costos sociales de un sistema que toma medidas estrictas para proteger los derechos de los acusados. Sin embargo, el costo presupuestario de los derechos es una forma sencilla de análisis, al concentrarse en el presupuesto es la manera más fácil de llamar la atención a la dependencia fundamental de las libertades individuales de las contribuciones que la sociedad hace colectivamente, a través de los impuestos, y que son administradas por los funcionarios.

A diferencia de los costos sociales, los costos y beneficios netos no pueden ser ignorados. Algunos derechos a pesar de su alto costo, aumentan la riqueza social imponible en tal dimensión que puede decirse que son auto financiables. El derecho a la propiedad privada es un ejemplo notorio. El derecho a la educación es otro. La inversión pública en la protección de esos derechos ayuda a aumentar la base imponible sobre la cual depende la protección activa de los derechos.

### **La falacia de los derechos sin costo.**

A pesar que el costo de los derechos es evidente, aparece frente a nuestra conciencia jurídica como una paradoja o una amenaza a la visión del Estado de derecho. Establecer que un derecho tiene costos es confesar que tenemos que conceder algo para preservarlo. Ignorar los costos es dejar estos pagos fuera de la imagen algo romántica de la defensa de nuestros derechos. Esto lleva a imaginar que los derechos fundamentales son esencialmente gratuitos, es decir sin costo para su preservación. Esta imagen olvida los costos muchas veces evidentes de la preservación de los derechos. Basta imaginar solamente los costos fácilmente identificables de la administración de justicia o de las indemnizaciones por expropiaciones. Al mismo tiempo puede establecerse el costo social producido por la indeterminación del derecho proveniente de la dilación en las decisiones judiciales, con mayor evidencia en el caso de la Corte Suprema.

Cuando una decisión judicial establece un pago de dinero público, debe tenerse en cuenta que esos recursos pueden gastarse en bienes públicos imprescindibles como la educación, la seguridad o la salud. Cuando un juez insiste en una negociación para llegar a una conciliación entre las partes, tiene presente que el ahorro obtenido en

---

<sup>50</sup> Stephen Holmes & Cass Sunstein. *The Cost of Rights. Why Liberty depends on Taxes.* New York, Norton. 1999. p. 21.

la duración de un proceso es también dinero público al que se le puede dar un mejor uso que continuar eternamente un proceso.

Esta doctrina fue reconocida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso **Matthews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976)**

*“El interés del gobierno y por lo tanto el del público, in la conservación de recursos fiscales y administrativos escasos es un factor que debe ser sopesado. En algún momento el beneficio de una garantía adicional para el individuo afectado por la acción administrativa y a la sociedad, en términos que la garantía aumentada es justa, debe ser sopesada con el costo. El costo significativo de proteger a quienes que en el proceso administrativo preliminar aparecen como no merecedores del derecho reclamado, puede finalmente provenir de los bolsillos de los merecedores del derecho ya que los recursos disponibles para cualquier programa de bienestar social no son ilimitados.”*

Es una respuesta a la pregunta cuanto es lo efectivamente debido dentro del debido proceso.

Es conveniente recordar que la actitud arbitraria de la administración en el establecimiento de reglamentos y actos administrativos sumados a la falta de garantías del proceso inquisitivo hace que el control judicial sea imprescindible y finalmente costosa. Sin duda la existencia de un efectivo debido proceso administrativo constituiría un ahorro para la administración.

La actitud de los jueces calificada como “conservadora” por muchos abogados al definir con precisión la extensión de ciertos derechos individuales que suponen altos costos fiscales, es en gran medida debida a la conciencia judicial del alto costo de la protección de los derechos.

### **Un Estado pobre no puede proteger todos los derechos.**

Holmes y Sunstein recuerdan el origen bélico de los derechos sociales. Señalan que el estado de bienestar norteamericano tuvo su origen lejano en los beneficios extensos concedidos a los veteranos de la Guerra Civil. Esta situación se profundizó luego de cada una de las guerras en las que participo ese país. Esto explica la voluntad por parte de los contribuyentes de hacer el esfuerzo para financiar un conflicto bélico y luego ese esfuerzo continúa para proteger a quienes han hecho una contribución de sangre. Los derechos se estabilizan políticamente como parte de un acuerdo social.<sup>51</sup> Esto supone que todos los derechos incluyendo los derechos de propiedad están sujetos a una renegociación permanente.

---

<sup>51</sup> Holmes & Sunstein, op. cit. pag. 194.

El equilibrio entre el nivel de impuestos y la protección de los derechos de propiedad se basa en el intercambio de impuestos por protección que es mutuamente beneficioso tanto para los contribuyentes como para el gobierno. Los contribuyentes están dispuestos a pagar, en alguna medida, para tener su propiedad protegida contra vándalos, delincuentes y otros peligros. Por su parte el gobierno esta dispuesto a limitar sus ímpetus confiscatorios, no solamente porque hay incentivos políticos, sino porque los funcionarios comprenden que recursos confiables a largo plazo estarán disponibles si los habitantes tienen el incentivo de aumentar su riqueza, llevar sus libros y registros en forma confiable e invertir sus ahorros dentro del país. Esta relación cooperativa aumenta la seguridad de ambas partes, extiende sus horizontes temporales y permite a ambas partes a llevar adelante una planificación de largo plazo en sus inversiones.

El derecho de propiedad debe ser comprendido como una condición indispensable de la ciudadanía democrática. Si la propiedad puede ser confiscada por el capricho de los gobernantes las personas no tendrán la independencia y la seguridad que les permita criticar al gobierno abiertamente. Si sus ahorros o sus bienes pueden ser apropiados o destruidos por delincuentes vivirán en el temor y con la constante preocupación de ocultar sus ganancias. Ninguno de estos estados de animo hacen ciudadanos ejemplares.

Las declaraciones de derechos tienen asociada una premisa tacita, las libertades particulares tienen costos públicos. Esto no ocurre solamente con las libertades positivas, es decir la seguridad social, el derecho a la salud, la educación o la vivienda, sino también con las libertades negativas. Es decir que el derecho de propiedad, la libertad de contratar, la libertad religiosa y en general todos los derechos individuales tienen un costo en su protección. Desde el punto de vista de las finanzas publicas todos los derechos son licencias para que los individuos persigan sus objetivos individuales o conjuntos utilizando bienes colectivos, estos incluyen la participación en bienes privados que han sido acumulados bajo la protección de la comunidad. Esta dependencia de los derechos individuales de los funcionarios públicos que perciben impuestos y los gastan sugiere que la distinción entre libertades negativas y positivas y entre derechos operativos y programáticos es especiosa. Ya que todos los derechos requieren para su aplicación de la acción de funcionarios que tienen para concretarlos un numero limitado de recursos y deben asignarlos estableciendo prioridades.

La libertad de contratar que transforma promesas en obligaciones vinculantes es un modelo. El derecho de concluir contratos obligatorios crea hábitos de cumplimiento de las promesas sobre los cuales promueven la prosperidad económica que beneficia a toda la sociedad. La eficiencia en la economía constituye un bien público y no

solamente privado. La eficiencia se asegura a través del diseño inteligente, la asignación correcta, la aplicación confiable y la financiación pública de los derechos individuales.

El costo de los derechos no plantea solamente cuestiones de control democrático y transparencia en el proceso de asignación de recursos, señala también un problema ético el de la equidad en la distribución. Al describir los derechos como inversiones públicas se indica que estas no solo deben ser prudentes sino también equitativas. Lleva a preguntarse si las asignaciones de recursos que hacen la legislación y los reglamentos benefician a la sociedad en su totalidad o solamente a grupos de interés que tienen un buen contacto político con legisladores y gobernantes. Indica si las prioridades de nuestra legislación van dirigidas hacia grupos poderosos o en defensa del bienestar general. El estudio de los costos es un mecanismo que lleva a la reflexión sobre estas cuestiones porque pone en evidencia el carácter distributivo que tiene toda asignación de derechos. La regla aplicable es que en caso de conflicto en cuanto a la asignación de recursos, la toma de decisiones no debe ser oculta sino de una manera abierta y democrática.

La deliberación pública, incluyendo las decisiones judiciales, sobre los derechos individuales y los recursos que se asignan a su implementación debe concentrarse en las siguientes cuestiones.

- 5) ¿Cuántos recursos públicos deseamos gastar en cada derecho?
- 6) ¿Cuál es conjunto óptimo de derechos, teniendo en cuenta que los recursos que se asignan para proteger un derecho no estarán disponibles para proteger a los demás?
- 7) ¿Cuáles son los mejores formatos para conceder la mayor protección de derechos al menor costo?
- 8) Redistribuyen los derechos, tal como están definidos y aplicados en la actualidad, la riqueza de una manera que pueda ser justificable públicamente.

Las respuestas que se den a estas preguntas determinarán que los juicios de valor que se hagan sobre los derechos puedan hacerse en forma informada y de esta manera puedan ser sometidos a análisis crítico y a debate público.

### ***La asignación de recursos en los derechos individuales.***

La asignación de los poderes constitucionales crea incentivos para los funcionarios electos para la provisión de los bienes públicos que los ciudadanos prefieren, de esta manera aumentando la utilidad general. A veces, sin embargo, algunos ciudadanos prefieren restringir la libertad de otros ciudadanos. Esto puede ser porque pertenezcan a una minoría antipática o porque tengan medios económicos de los que los demás quieren apoderarse o porque son débiles y no pueden

defenderse dentro del proceso político. En estas circunstancias, los individuos vulnerables necesitan la protección frente al proceso político. El establecimiento de los derechos individuales en la Constitución provee alguna protección frente a la política. Pero en una democracia, circunscribir el poder de la mayoría de los ciudadanos o de sus representantes electos, requiere de alguna justificación.

Los “derechos” son una palabra con propósitos variados dentro de los conceptos jurídicos. Algunos derechos son títulos creados por la obligación de otro. Es el caso de un contrato de mutuo. En este caso, alguien tiene derecho a un beneficio porque algún otro tiene la obligación de proveerlo. A diferencia de un contrato, una ley puede imponer un deber general estableciendo un derecho. Pueden existir deberes sin derechos, por ejemplo es el deber de un policía proteger a los ciudadanos, pero los ciudadanos pueden no tener el derecho a la protección policial.

Porque lo que caracteriza al derecho es que quien es titular de ese derecho puede tener un remedio legal a la violación del deber correlativo. Imponer el cumplimiento del deber asociado a un derecho es generalmente función judicial. Es por ello que la extensión de los derechos constitucionales está asociada al remedio judicial que dispongan para su cumplimiento.

Los derechos individuales establecidos en las constituciones a partir del siglo XVIII tienen el fin de proteger la autonomía de las personas y de su voluntad. Los derechos constitucionales dan al individuo una zona de discreción para hacer las decisiones fundamentales de su vida sin la dominación o manipulación por el estado. Los derechos individuales proveen el fundamento legal para una sociedad de personas autónomas. La apreciación de una vida autónoma y de una sociedad de individuos provee de un motivo para establecer los derechos individuales en la Constitución. Los derechos individuales que proveen esta autonomía a las personas son llamadas libertades. Dos aspectos del derecho aseguran estas libertades, la primera es que el individuo que tiene una libertad no está obligado ni tiene prohibido, hacer una actividad. El segundo es que las demás personas tienen prohibido interferir con el ejercicio de la libertad.

Para expresar estos hechos en una forma más abstracta, se puede hacer una definición de libertades sencilla. Si  $x$  denota una actividad como “hablar”, “publicar”, “reunirse”, podemos decir que en general una persona tiene la libertad  $x$  si no está obligada a o tiene prohibido  $x$  y si los demás tienen prohibido interferir con su  $x$ . Una persona que no está obligada, si tiene prohibido  $x$ , tiene permiso a  $x$ . Prohibir a los demás de interferir con  $x$  lo protege. Por lo tanto, una libertad puede ser definida como un permiso protegido. El objetivo de los derechos individuales es el de proveer a la base legal de la autonomía, y su estructura lógica son los permisos protegidos.

¿Cuál es el valor de los derechos individuales? Si un gobierno vota los derechos constitucionales, se puede demandar por un resarcimiento (ver el 42 US Code 1983 que menciona la posibilidad de demandar también a las personas que priven a un ciudadano “de cualquier derecho, privilegio o inmunidad asegurado por la Constitución y las leyes”).

En ese caso, un tribunal pone un precio sobre el derecho individual violado. En el caso **Pembaur vs. City of Cincinnati, 475 vs. 469, 483 (1986)**, la Corte Suprema estableció el requisito de la “decisión política” para diferenciar la acción ilícita individual de funcionarios, de la acción de los gobiernos responsables. En este último caso el responsable que debe indemnizar es el gobierno que violó los derechos individuales.

En lugar de compensar los daños, el remedio habitual de un tribunal es una orden prohibiendo al responsable la continuación de la violación de sus derechos. En estas circunstancias, el aumento de la extensión de un derecho puede significar la disminución de la extensión de otro derecho. El equilibrio entre derechos puede ser descrito como una evaluación del costo de oportunidad de un derecho en los términos de otro derecho (nota costo de oportunidad. El costo alternativo de oportunidad de la producción de una unidad del bien x es la cantidad del bien y que debe sacrificarse para utilizar los recursos en la producción de x en lugar de y. Este es el costo social de la producción de x).

Un tribunal que otorga un resarcimiento o que tiene que equilibrar derechos en competencia debe establecer un valor a cada uno de ellos. La economía puede ofrecer diferentes métodos para evaluar los derechos.

### **Las commodities**

El valor puede ser ordenado por su extensión, más dinero tiene más valor que menos dinero. Si se puede poner un orden a un derecho por su extensión, se pueden utilizar herramientas económicas para representar su valor. En teoría microeconómica, la tasa en la cual un individuo comerciará un bien por otro, mide el valor relativo para él. Una curva de utilidad representa el nivel, la tasa a la cual una persona intercambiará libertad y riqueza permaneciendo indiferente. Cada punto indica el precio que esa persona pagará por un aumento de su libertad. En general una curva de demanda para un individuo indica el precio que pagará el bien en la medida que la cantidad varía. Las curvas de utilidad son curvas de demanda. En general, la disposición de pagar está asociada a la capacidad de pagar.

Luego de discutir el precio de la libertad debemos considerar su costo. La definición de una libertad como un permiso protegido sugiere dos



tipos de costos. Primero, proteger la libertad requiere recursos como son, entre otros, los de policía y fuerzas armadas, así como los costos de educación para la libertad. Segundo, aumentar la libertad puede significar sacrificar otros valores, de manera que la libertad tiene un costo de oportunidad. Por ejemplo, aumentar la libertad de los propietarios de desarrollar sus terrenos les permitiría construir edificios elevados que reducen la luz de sus vecinos.

En principio, el aumento de una libertad no interfiere necesariamente con otra libertad. Es por ello que las definiciones de cada libertad son sencillas. Pero eventualmente una libertad se expande en su utilización hasta que el aumento de un derecho significa el conflicto con otro que decrece. De allí, que a pesar de las definiciones claras de los derechos los casos que de su definición en el margen, es decir, en conflicto con otros derechos, suponen situaciones complejas. Cuando la expansión de una libertad o de un derecho entra en conflicto con otra libertad, ese plexo de derechos aumenta su frontera. En esta frontera de la libertad, se hace un intercambio y el valor de un derecho se mide en el valor con el intercambio de otro derecho. En general, el costo de oportunidad de aumentar la extensión de una libertad equivale al valor en la disminución resultante de otras libertades.

El **análisis de costo beneficio** mide el valor por su precio y costo, si un tribunal aplica este método para decidir la extensión de una libertad dada al ciudadano por el derecho, el tribunal podría encontrar la extensión óptima de la libertad al comparar la demanda de ella por los ciudadanos y el costo de aumentar su oferta.

### **Las libertades como bienes públicos**

En el análisis precedente se analizó la libertad como bien privado. Esta descripción puede llevar a alguna confusión ya que cada persona puede tener una cantidad diferente del mismo bien privado. Sin embargo, las instituciones democráticas típicamente garantizan las mismas libertades para todos. Si se tratan las libertades como bienes públicos se oculta la limitación de la igualdad.

Teniendo en cuenta la limitación de la igualdad, la libertad de una persona no puede cambiar sin un cambio similar en la libertad de todos. Mi libertad de expansión no puede cambiar sin un cambio similar en la libertad de todos.

Esto plantea que una persona tenga la voluntad de pagar más que lo que ahora puede por tener más libertad y podría hacerlo si tuviera más riqueza. Esto lleva a pensar dónde elegir un punto equilibrado entre diferentes aspiraciones de derechos para diferentes posiciones de riqueza.

Una democracia moderna incluye muchos ciudadanos cuyas demandas agregadas determinan la oferta óptima de bienes. Si asumiéramos que la nación consiste solamente en dos personas, una rica y una pobre, con diferentes utilidades, cada una recibe la misma cantidad de libertad. El valor de la libertad tal como puede ser medido por un análisis de costo beneficio es igual a la suma de lo que las dos personas pagarían por él. Se pueden incluir más personas en el estado, se requiere la suma de las curvas de demanda para obtener la demanda agregada.

En el óptimo de costo beneficio, el costo de aumentar la extensión de la libertad por un monto pequeño es igual al agregado de lo que las personas están dispuestas a pagar por el aumento. Si un tribunal aplicara este método para decidir la extensión de la libertad concedida a los ciudadanos por la ley, el tribunal podría ubicar la extensión óptima de la libertad por la comparación de la demanda de esa libertad por los ciudadanos y el costo de aumentar su oferta.

En el caso de los bienes públicos, todos recibimos la misma cantidad del bien pero las diferentes personas lo valoran diferentemente. Esta es una característica de los bienes públicos como la seguridad, el aire puro o la utilización de una plaza. En cambio, la demanda de bienes privados como zapatos o automóviles, se agregan sumando las curvas de demanda horizontalmente porque cada uno en un mercado libre paga el mismo precio y diferentes personas compran cantidades diferentes. Tratar a las libertades como bienes públicos enfatiza la limitación de la igualdad de acuerdo con la cual todos tienen la misma cantidad de cada libertad proporcionada por el estado, aún cuando personas diferentes valoren las libertades en forma diferente.

### **La discriminación y su valoración. Washington vs. Davis 426 U.S. 229 (1976)**

Argumentado el 1 de marzo de 1976, decidido el 7 de junio de 1976 por voto de 7 a dos; White para la Corte, Brennan y Marshall en disenso. Este caso incluyó el estándar requerido para mostrar discriminación racial inconstitucional, específicamente la distinción entre leyes que tienen un impacto parcialmente desproporcionado y leyes adoptadas con un propósito o intento racial discriminatorio.

El caso se originó en 1970 con una demanda hecha por los oficiales de policía afro americanos y por aspirantes sin éxito en contra del Departamento de Policía Metropolitano del distrito de Columbia. La demanda alegaba que las políticas de ascenso y de contrato del Departamento eran discriminatorias en el ámbito racial. Los aspirantes rechazados argumentaron que el uso por parte del departamento de una evaluación personal escrita (evaluación 21), en el que un número alto de aspirantes afro americanos fallaba, violaba la igualdad de protección componente de la cláusula del debido

proceso de la quinta enmienda así como algunas leyes federales y del distrito de Columbia.

La Corte del distrito se volcó a favor del departamento de policía. En la apelación, la decisión se revirtió. La cámara de apelaciones, examinando si la evaluación 21 discriminaba inconstitucionalmente a los afro americanos, se basó en una previa decisión de la Corte Suprema, *Griggs vs. Duke Power Co.* (1971). En *Griggs*, que desarrolló estándares para interpretar la prohibición en la discriminación laboral en el Título VII de la ley de derechos civiles de 1964, una muestra de impacto desproporcionado fue suficiente para notar un caso de discriminación racial inconstitucional. Aplicando el estándar de *Griggs*, la cámara de apelaciones sostuvo que debido a que en 4 oportunidades fallaron la evaluación 21 tanto blancos como negros y debido a que la evaluación no había sido enseñada para ser una medida adecuada de performance de empleo, la Constitución había sido violada. Encontró que la evaluación 21 tenía un impacto discriminatorio en el ámbito racial sin una justificación adecuada para su uso.

La Suprema Corte revirtió la decisión de la cámara de apelaciones, encontrando que había aplicado erróneamente estándares desarrollados para el Título VII a la Constitución. Rechazó de llano el reclamo de impacto desproporcionado como suficiente para notar un caso de discriminación racial inconstitucional. En vez, la Corte sostuvo que un intento o propósito de discriminar debería estar presente para que hubiera una violación constitucional. La Corte citó numerosas opiniones en discriminación de jurados, distribución legislativa, y casos de segregación en los colegios para mostrar que sus decisiones siempre requirieron una muestra de intento o propósito discriminatorio en el ámbito racial para sostener una discriminación inconstitucional. Así, el requerimiento del Título VII de una muestra de discriminación racial ilegal difería de la muestra requerida para que ese caso estuviera por debajo de la Constitución.

La Corte también se refirió a la cuestión de qué podría contar como prueba de un intento o propósito de discriminación racial. Sostuvo que un propósito racialmente discriminatorio podía ser inferido de la totalidad de hechos relevantes, incluyendo el impacto desproporcionado. Esta evaluación relativamente débil fue considerablemente fortalecida, para desventaja de los litigantes de los derechos civiles, en ***Personnel Administrator vs. Feeney*** (1979).

Centrándose en la evaluación 21, la Corte argumentó que el hecho de que más gente de color que blancos fallara la evaluación, no demostraba que a los actores originales les denegaran la igualdad de protección. Encontró a la evaluación neutral y racionalmente relacionada a un propósito de gobierno legítimo, el avance moderno de las habilidades comunicativas de los empleados de gobierno. La Corte

tomó nota de los esfuerzos del departamento de reclutar oficiales negros y del cambio de la composición racial de las clases de reclutas. Poniendo la totalidad de las circunstancias juntas, no se encontró ninguna violación constitucional.

En su opinión de disenso, los ministros William J. Brennan y Thurgood Marshall argumentaron que el departamento falló en mostrar que la evaluación 21 estaba suficientemente relacionada al empleo de un oficial de policía.

Mientras que el caso permanece como buena ley, fue criticado sobre varias bases. Primero, la Corte dio poca explicación de cómo mostrar el intento o propósito discriminatorio. Aparte de los pocos casos donde las leyes o políticas discriminan en sus narices o son administradas con una tendencia racialmente discriminatoria, ¿qué sirve como prueba? Segundo, como sugirió el ministro John Paul Stevens en su opinión concordante, la distinción entre propósito discriminatorio e impacto discriminatorio no siempre está clara. De hecho, si el impacto racialmente discriminatorio es evidencia del intento racialmente discriminatorio, como dice la Corte, ambos estándares colapsan. Tercero, como a menudo es argumentado, la decisión ignora el hecho de que una ley o política carente de intento o propósito discriminatorio puede desarrollarse a los efectos presentes de discriminación pasada para producir resultados idénticos. Por ejemplo, si la intención de la evaluación 21 era discriminar, y en 4 oportunidades la reprobaban tanto blancos como negros, sería inconstitucional, pero si no hubiera tal intento, y el resultado fuera idéntico debido a una historia de segregación escolar que aún se estuviera sintiendo, no ocurriría ninguna violación constitucional.

# El consumidor y la defensa de la competencia.

---

La **defensa de la competencia**, también llamada normas antimonopolio, se caracteriza por asegurar la **maximización del bienestar general**. El Estado por mandato constitucional también debe preocuparse por defender los intereses de los consumidores. (Art. 42 de la Constitución) Aún partiendo de la idea que los consumidores no son ingenuos y que las empresas no tienen como objetivo único estafarlos hay problemas que hacen difícil que las fuerzas del mercado funcionen libremente y puedan asegurar en todos los casos una defensa adecuada de los intereses de los consumidores. Se mencionan generalmente los diferentes temas:

## **Firmas oportunistas.**

Una empresa que tenga mucho que perder si reduce su demanda porque sus consumidores se consideran insatisfechos por recibir una calidad inferior a la prometida tendrán más incentivos a cumplir con sus compromisos que otra que accede al mercado por poco tiempo. Cuanto mayores sean los activos expuestos de la firma o de las empresas a una reducción de la demanda menor será el incumplimiento del acuerdo. Esta es la utilidad de las marcas comerciales, la publicidad u otros activos específicos del producto que se vende, porque estas inversiones podrán recuperarse solo si se mantiene la demanda. En general existirá una penalización del mercado para aquellas empresas que violan sus compromisos. Se reducirá su demanda en el futuro y no podrán recuperar sus inversiones. Este incentivo es menos poderoso para los productos que se compran en forma espaciada y para las empresas oportunistas que entran a un mercado por corto tiempo y que tienen marcas comerciales de escaso valor o que no utilizan publicidad.

## **Las asimetrías de información.**

Es razonable suponer que las empresas tienen mayor conocimiento que los consumidores del producto que venden. Por ello existen dos trabas potenciales para que los consumidores reciban la calidad que esperaban al momento de compra. La selección adversa y el incentivo a sub-asegurarse por defectos de calidad. En el caso de la selección adversa los consumidores no conocen con precisión la calidad de cada uno de los bienes que se venden en el mercado. Esta simetría de información puede llevar a que los productos que se comercialicen sean de una calidad inferior a la deseada porque nadie está dispuesto a pagar por obtener mejores atributos si no tiene alguna certeza de que va a recibirlos efectivamente. El precio promedio del mercado va a

reflejar la probabilidad de que existan bienes de inferior calidad y esto desalentará a los productores que quieren ofrecer un producto más sofisticado. Este problema puede ser resuelto en algunos casos porque existen mecanismos para premiar a quien brinda una mejor calidad. Allí aparece nuevamente el papel de las marcas comerciales, la publicidad o los activos específicos que pueden convertirse en una señal para los consumidores acerca que el oferente tiene algo que perder si no cumple con sus promesas de calidad.

El segundo problema de la asimetría de información se refiere a una tendencia de los consumidores a sub-asegurarse por los defectos de calidad de los bienes adquiridos. Si quien compra el bien conociera perfectamente todos los riesgos que existen por el uso de un producto, tanto los presentes como los futuros podría hacer una elección que incluyera todos los costos, es decir el precio del bien y los costos asociados a un eventual daño en el futuro si se concreta el siniestro ex post. Entre otras alternativas y si tienen aversión al riesgo podría asegurarse en el mercado. El problema surge cuando el consumidor no puede evaluar con relativa precisión estos costos eventuales. En este caso existirá una tendencia a solicitar una calidad inferior a la deseable que es la que hubiera ocurrido si no hubiera existido la información deficiente.

Si existen **asimetrías de información** entre los consumidores y las empresas es posible que estas últimas al lanzar un producto al mercado no internalicen todos los costos que existen asociados a tal decisión. Se trata de una externalidad negativa a la cual el mercado no le pone un precio, existirá un daño a los consumidores mayor que el deseable. Una solución para estas externalidades es crear mecanismos que permitan internalizar el nivel de las empresas todos los costos sociales. Una manera es la reglamentación que obliga a las empresas a indemnizar en este caso el gobierno normalmente establece un nivel de calidad y establece sanciones administrativas por el incumplimiento de dichas normas. Esto se justifica en los casos que el gobierno pueda tener alguna ventaja de conocimiento clara sobre el propio consumidor. O en los casos donde se puede dar información a los consumidores sin generar un costo importante a las empresas, o que estas no tienen ningún incentivo a proporcionar.

**La alternativa es la solución judicial.** Generalmente para que esta funcione se requiere un sistema de responsabilidad objetiva. Bajo este sistema el afectado solo debe probar que el consumo de un producto determinado le causó un perjuicio y la empresa debe indemnizarlo independientemente de la culpa que haya tenido al fabricarlo. En este caso el Poder Judicial aparece como el regulador. Tiene ventajas considerables el sistema judicial. El primero es que se trata de un órgano que no puede ser capturado por los grupos de presión, luego también las características del proceso adversarial que asegurarán una correcta valuación de las circunstancias del caso estableciendo

procedimientos conocidos y generalmente mucho más rápidos que los de un sistema administrativo.

La responsabilidad objetiva permite internalizar los costos eventuales de daños sobre los consumidores y por lo tanto es preferible en los casos en que no se puede esperar que el consumidor adopte a bajo costo medidas de prevención. Fundamentalmente el criterio de responsabilidad objetiva es el más adecuado en los casos en que el riesgo es muy difícil de percibir por el consumidor y que resulta óptimo que el riesgo lo asuma la firma. En este sentido la responsabilidad objetiva **actúa como un impuesto. Uno de los problemas es que las empresas probablemente aumenten el precio de sus productos para asegurar los riesgos de demandas futuras pero este es un precio que debe asumir el consumidor para tener productos seguros.** Además el aumento de precios serviría como **una suerte de seguro** cuyo costo se difundiría a través de **todos los consumidores** en lugar de ser sufrido exclusivamente por aquellos que tienen productos defectuosos.

Un argumento contrario a la existencia de la responsabilidad objetiva es que la búsqueda de la mayor protección se haya reducido los incentivos a la innovación y al desarrollo de nuevos productos ante el riesgo de enfrentar demandas judiciales si aparece algún problema en el futuro. Esto puede tener importantes costos sociales, ya que podría haber mejoras en la calidad de vida de los consumidores que se postergan hasta que exista un número importante de pruebas que aseguren que no existirá riesgo de litigio. Sería un retraso de innovación, pero por otra parte no debe ignorarse que la situación contraria sería que las pruebas serían realizadas por el consumidor a su costo. Es decir quien compra un nuevo producto estaría comprobando su eficacia o no y eso lo haría a costo del consumidor y no a costo de la empresa. Uno de los objetivos de la aplicación de una solución judicial y de la responsabilidad objetiva es que se internalizan costos que de otra manera serían difusos. Para la eficacia del sistema se requieren bajar los costos de los litigios del sistema judicial estableciendo un sistema judicial de fácil acceso y que permita resolver rápidamente por medio de la conciliación o de la mediación los conflictos en materia de defensa del consumidor.

Los jueces tienen la ventaja de actuar ex post y cuentan además con pericias y con información económica aportadas por las partes. Las organismos reguladoras intervienen ex ante y muchas veces tienen no solo información imperfecta sino información sesgada provista generalmente por grupos de interés interesados en una solución.

**El tema de la defensa del consumidor debe concentrarse en los problemas de las firmas oportunistas, la asimetría de la información y las externalidades.** También hay que tener presente que el consumidor no está obligado a comprar todos los bienes sino

que también la restricción al consumo de algunos productos que pudieran ser defectuosos es un acto que aumenta el poder del consumidor. La responsabilidad objetiva tiene un carácter de seguro generalizado y debe tenerse en cuenta que pueden haber duplicaciones por la existencia de otros mecanismos de seguros. En presencia de costos de transacción la generalización del seguro a través del seguro a través del criterio responsabilidad objetiva es la solución menos costosa. Pero el problema de los costos de transacción se arregla mejor permitiendo que los afectados actúen a través de una acción de clase en forma conjunta y no obligando a todos a comprar un seguro que no todos los consumidores están dispuestos a pagar. El mayor peso legal que se pone sobre los responsables de marcas ayuda a resolver el problema porque brinda un marco más propicio de la solución de mercado al extender la solidaridad a la empresa titular de la marca. Si no fuera así, la pena por defecto de sus productos estaría restringido solo a las menores compras futuras y no se enfrentarían sanciones adicionales. Debe recordarse que **la penalización de mercado vía la pérdida de ventas futuras es más potente cuanto mayor es la frecuencia de compra del producto y los defectos son visibles**. La solución al problema de las externalidades requiere alguna forma de intervención por el Estado. Esta es más necesaria en los casos menos visibles para los consumidores que es donde habitualmente existe alguna forma de reglamentación pública. La utilización de la administración de justicia o de una agencia específica en la administración para la defensa de los consumidores puede contribuir a la solución de algunos problemas ya que tiene la ventaja de actuar ex post sobre casos concretos, y si las penalidades son adecuadas puede servir como disuasivo frente a futuros comportamientos oportunistas. En general si la acción es de una agencia gubernamental corresponde que la agencia actúe respetando el sistema adversarial, es decir, poniendo al funcionario que decide frente a las dos partes en este procedimiento administrativo. De esta manera si bien no se trata de un proceso judicial estricto tiene todas sus características y por lo tanto sus beneficios.

En los casos de compras poco frecuentes donde el riesgo es menos visible y el daño es difícil de cuantificar ex ante la reglamentación administrativa o un criterio de responsabilidad objetiva parecen preferibles. En el caso de nuevos productos la solución a través de un procedimiento administrativo con control judicial posterior es preferible siempre que en el procedimiento administrativo se garantice el proceso adversarial. Para resolver el problema de las externalidades en materias de derecho del consumidor como en cualquier otro caso siempre esta presente la solución propuesta por Coase. Esta permite a las partes negociar una solución que sea eficiente para ambas. En este caso la función estatal se concentraría en la reducción de costos de transacción.

### ***Defensa de la competencia.***



La defensa de la competencia está asociada a la legislación antimonopólica. La visión tradicional se basa en el paradigma de estructura conducta desempeño. De esta manera se entiende que la estructura de los mercados influye sobre la conducta de sus actores y por lo tanto afecta el desempeño. Esto lleva a la idea que la concentración en los mercados debe ser castigada de por sí. Debe haber excepciones a este principio cuando en un mercado este concentrado porque las empresas mayores son las más eficientes. Y preferir un número mayor de empresas puede resultar en mayores costos y por lo tanto en un menor nivel de bienestar general. El objetivo de la legislación antimonopólica debe ser la maximización del bienestar general y el Estado debe preocuparse por defender los intereses de los consumidores. El problema que generan los monopolios y oligopolios se basa en la reducción en la cantidad ofrecida al mercado por quienes poseen una posición dominante ello tiene un impacto sobre los precios que perjudica a los consumidores y genera una pérdida de eficiencia económica. El gobierno interviene en este contexto para evitar estas consecuencias negativas y asegurar una solución competitiva. Las leyes antimonopolios se basan en dos principios. Asegurar el poder del mercado y limitar el dominio que ejercen las empresas líderes. Limitar el poder del mercado significa procurar reducir la habilidad de ejercer ese poder. Este depende del número de empresas, de la facilidad de entrada y de la existencia de bienes sustitutos. El dominio que puede ejercer una empresa líder depende de su tamaño absoluto, de su grado de integración con sus proveedores y de su habilidad para determinar la viabilidad económica de sus competidores.

### **Oligopolio y barreras a la entrada.**

En el oligopolio existe un equilibrio cooperativo en distintos oferentes del mercado. Para que sea eficaz generalmente los oligopolios buscan generar barreras a la entrada al mercado para otros productos o para productos de otras empresas que puedan competir con ellos. Para que estas barreras sean eficaces deben ser consistentes intertemporalmente. Es decir, cuando una empresa nueva desea probar la barrera quienes están en el mercado tienen un incentivo para desatar una guerra de precios para castigarlas. Existen dos alternativas posibles que son consistentes: Las inversiones hundidas y la reputación. En el caso de las inversiones hundidas la empresa que ya está en el mercado tiene la posibilidad de reducir sus precios hasta el nivel de los costos variables y desalentar la entrada de nuevos actores que a esos precios no tienen ningún incentivo para ingresar. La estrategia es consistente porque el costo de oportunidad de las inversiones hundidas luego de que fueron realizadas es cero. En este contexto los sectores que presenten importantes inversiones hundidas como es la existencia de costos fijos muy elevados o un contenido de publicidad para posicionarse en el mercado, serán a priori las que

puedan tener mayores problemas. Sin embargo hay que tener en cuenta que las inversiones hundidas tienden a dificultar la entrada en los mercados pero también su salida. Haciendo más difícil el desplazamiento de los competidores existentes algunos temas por ejemplo el de publicidad se deprecian con relativa rapidez y por lo tanto pueden dejar de ser relevantes como barrera. En el caso de la reputación una empresa puede ganarse la reputación de hacer guerra de precios si actúa en varios mercados diferentes. Cuando se produce la entrada en uno de ellos y a pesar que no le convenga mirando únicamente ese mercado la empresa desata una guerra de precios para hacer quebrar a quienes intentaron entrar. La idea es que de ese modo la empresa se gana una reputación que desalienta la entrada en otros mercados y ello le permite recuperar las pérdidas realizadas en el primer mercado donde se observó la entrada o el ingreso. El problema con este tipo de análisis es que no es muy aplicable en la práctica porque no existen muchas empresas que actúen en varios mercados y a la vez tengan capacidad de fijar precios en ellos. Hay otras razones, la práctica de la ley antimonopolio se adopta una teoría más simple. Aún cuando tenga problemas serios en el mundo real. Una empresa que se expande lo hace generalmente porque ha logrado alguna reducción de costos globales incluyendo costos de producción o de comercialización o de información y ha desarrollado productos mejores.

**Atacar la concentración como objetivo es un error, porque puede significar una penalización para quienes invirtieron para lograr reducciones de costos o mejores productos.** Los mercados se concentran por las economías de escala u otras ganancias de eficiencia de empresas más eficaces que terminan aumentando su participación en el mercado.

Los carteles de productores tienen una debilidad intrínseca. Para poder aumentar los precios por encima de los valores de competencia es necesario que se acuerde una restricción de las cantidades producidas para cada empresa oferente. Pero luego de concretada la suba de precios cada empresa tiene un incentivo a violar el acuerdo aumentando su producción por encima de lo que hubieran realizado en condiciones competitivas ya que el precio es mayor. La clave para la permanencia de cualquier cartel pasa por encontrar mecanismos que permitan disciplinar a las empresas participantes. Generalmente para esto se utiliza la ayuda del Estado. Para determinar si un acuerdo de productores es factible deben darse algunas condiciones que podríamos mencionar.

- G) Pocos vendedores. Cuanto menor sea el número de oferentes mayor posibilidad de concretar un cartel exitoso.
- H) Producto homogéneo. Si el producto es homogéneo es más fácil detectar eventuales descuentos realizados por los integrantes del cartel para captar un mayor volumen de ventas.

- I) Mayor elasticidad de la demanda. Cuanto menor sea la elasticidad de la demanda mayor será el beneficio de la cartelización.
- J) Mayor porcentaje de ventas al gobierno. Si se vende un porcentaje importante al gobierno es más difícil reducir los precios sin que ello sea detectado porque en general los precios de venta del sector público figuran explícitamente en las licitaciones.
- K) Alta variabilidad de las condiciones de mercado. Si las condiciones del mercado varían mucho es más difícil detectar los que violan el acuerdo.
- L) Situaciones de recesión en el sector. Si el sector está en recesión y las empresas enfrentan riesgo de quiebra el beneficio potencial de llegar a un acuerdo cartelizador es muy elevado.

Los gobiernos tienden a castigar los acuerdos horizontales cuando se trata de convenios de precios.<sup>52</sup> En cambio tienen una posición más generosa cuando se refieren a otras variables, por ejemplo cuando se establecen límites territoriales de venta para cada empresa que forme parte del acuerdo, cuando hay acuerdos que distribuyen grupos de consumidores, o en el caso de fusiones de empresas. Es posible sin embargo encontrar argumentos en favor de los acuerdos horizontales de precios, como es el caso de la reducción de costos de búsqueda por los consumidores al eliminarse la variación de precios, y también porque favorecen las economías de escala. Pero aparece como razonable que se los trate en forma más preventiva que a otros potenciales problemas. Sin embargo no hay coincidencia sobre si conviene prohibirlos. Una prohibición tiene la ventaja que reduce los costos legales, pero tiene un costo debido a las eventuales ganancias de eficiencia que se hubieran logrado de habérselos tratado con un criterio caso por caso. En los hechos este último, el criterio caso por caso fue el objetivo central de la primera ley anti monopolio en los Estados Unidos, la ley Sherman. La ley fue exitosa en reducir la cartelización privada de precios y en general fue beneficiosa a pesar de haber fomentado la competencia vía precios y desalentado otras maneras de competir.

En relación con los acuerdos horizontales, que no se centran en los precios, la principal característica son las fusiones de empresas. Un criterio es evaluar si la fusión se parece a un acuerdo de precios o la que resultaría del crecimiento interno de las empresas eficientes. Se trataría del primer caso cuando las empresas fusionadas mantienen el control de su planta de producción, elaboran bienes con marcas propias diferentes y se acuerdan en forma centralizada los precios pero no otras variables como es el caso de la calidad o los costos. En el segundo caso, que es opuesto, no debería penalizarse ya que las empresas integrarían sus procesos productivos y su administración

---

<sup>52</sup> FIEL, La reforma del poder Judicial en la Argentina. Buenos Aires. 1996. p. 233.

replicando el proceso de expansión que hubiera seguido una empresa exitosa.

### ***Barreras a la entrada que favorecen la competencia.***

No todas las barreras a la entrada deben ser abolidas. Existen limitaciones a la entrada que favorecen a los consumidores. En primer lugar los derechos de propiedad son una barrera a la entrada de otros agentes económicos y sin embargo son indispensables para el buen funcionamiento del mercado. Es el mismo caso de las patentes que conforman una barrera al uso de un invento por un número limitado de años. Esta restricción existe para afectar el desarrollo de nuevos productos si se aboliera se beneficiarían los consumidores actuales que accederían a precios inferiores pero se perjudicaría a los consumidores futuros que tendrían menos productos nuevos ante la falta de incentivos que existirían para desarrollarlos. Este compromiso ante los agentes económicos de hoy y los del futuro es el que trata de solucionar de alguna manera una barrera como la patente. En el caso de la publicidad esta puede servir a los consumidores para ganar información sobre productos cuya calidad no es fácilmente detectable en el momento de la compra. Una empresa que invierte sumas importantes en una campaña sobre un bien determinado esta comprometiendo una inversión importante que solo puede recuperar si se vende ese producto. Por lo tanto esta inversión hundida en publicidad le da un incentivo a no engañar a los consumidores. Por otra parte la publicidad tiene un carácter en favor de la competencia. En un mundo hipotético donde se la prohibiera la entrada de nuevas empresas al mercado sería mucho más difícil. Dada la existencia de costos de información que impiden conocer la calidad de todos los productos que se ofrecen, los consumidores tenderían a preferir a las firmas existentes confiando en su reputación y en la tradición de hacer negocios con ellas. La publicidad permite competir más fácilmente a las empresas nuevas que carecen de esa reputación y en consecuencia tiene una faceta en favor de la competencia. La verdadera barrera de entrada al mercado esta dada por una presencia de costos de información y probablemente la publicidad ayude a reducirlos en alguna medida.

### **Los acuerdos verticales.**

Los acuerdos verticales se producen entre una empresa y sus proveedores o distribuidores y son generalmente aceptados por la legislación. En un mundo donde la información existente es imperfecta y donde es costoso adquirirla las restricciones verticales pueden reducir externalidades y evitar comportamientos oportunistas por parte de los distribuidores o proveedores. Es el caso en que una empresa fije los precios de venta de sus distribuidores. El objetivo perseguido puede ser lograr que se provean determinados servicios al consumidor que no serían provistos si los precios fueran libres.

Imaginemos el caso de una empresa que posee una marca con reputación comercial y que por lo tanto brinda a través de su logo información a los consumidores respecto de la calidad de los productos que comercializa. Es el caso de las empresas muy conocidas que comercializan sus productos a través de franquicias y que a cambio de un porcentaje de la facturación o por un pago o un canon mensual fijo se encargan de hacer toda la publicidad de la cadena de ventas y de controlar que cada uno de los locales mantenga una calidad adecuada. En caso contrario, si no existieran tales controles el consumidor perdería la información en este caso fijada a un estándar que era valiosa para él y consumiría menos en los locales de esta marca. Y al mismo tiempo el prestigio de la marca sufriría.

El problema que tiene la empresa es asegurar que una vez firmado un contrato de franquicia el propietario del local mantenga esa calidad porque cada uno de los vendedores minoristas tiene un incentivo a adquirir insumos más baratos y de menor calidad para abusar de la confianza del consumidor que confía en el prestigio de la marca. Esto crea una externalidad negativa a los otros minoristas que respetan la calidad. Para evitar este free ride la empresa debe contar con medios para penalizar a los infractores. Una alternativa son los controles periódicos a los locales de venta, pero es muy difícil que una sola herramienta pueda ser totalmente eficaz en vista de la gran rotación y variedad de los productos que pueden existir en algunos de estos casos. Otra posibilidad sería la integración vertical, es decir, que la empresa dueña de la marca fuera dueña directa de todos los locales de venta. Pero esta alternativa involucra mayores costos globales porque sino la empresa hubiera adoptado esta estrategia desde el inicio. La tercer alternativa que es la más utilizada en los casos de franquicias son las restricciones verticales. Podemos hacer una lista de diferentes casos de este tipo.

- 1) Exigencia de hacer un depósito a nombre de la compañía. Generalmente se solicita que el depósito no pueda ser revocado. La lógica es la siguiente, si se cumple con la calidad pactada se devuelve el depósito al terminar la relación comercial, en caso contrario se pierde junto con la franquicia.
- 2) Obligación de construir el local de venta en un terreno alquilado por la corporación. Es evidente en este caso se pierde el valor de toda la obra si se termina la relación comercial en forma abrupta.
- 3) Fijación de un precio de venta mínimo o único. En este caso se impide que los franquiciados compitan vía precios al adquirir insumos de menor calidad. Al asegurarles una cuasi renta y restringirles la competencia vía precios se los induce a competir vía calidad, evitando un comportamiento oportunista y la externalidad sobre el dueño de la marca y el resto de los minoristas.
- 4) Compras atadas de insumos. La empresa obliga a sus distribuidores a abastecerse en determinados proveedores para asegurar una calidad uniforme y lograr una segunda instancia de

control, el proveedor que tiene un incentivo para auditar que solo se usen sus productos.

En otros casos es posible que convenga fijar precios máximos de venta, es el caso de una capacidad de producción de refinerías de petróleo que aumentan sus ingresos si se incrementan sus ventas físicas. Existe bastante evidencia de que los distribuidores minoristas tienen alguna capacidad de mercado en su región. Si la intentan explotar a través de los aumentos de precios aumentarán sus beneficios pero a costa de reducir las ventas de la refinería. En este contexto la industria puede adoptar una política de precios de venta máximos para evitar que los minoristas ejerzan su poder de mercado.

### **Precios Predatorios.**

Los **precios predatorios se definen como el intento de desplazar a uno o más competidores reduciendo los precios de venta por debajo de los costos para hacerles incurrir en pérdidas y luego ganar una posición de monopolio en el mercado. Son la versión doméstica del dumping en el comercio internacional.** Las bases de este razonamiento no son concluyentes. En primer lugar **nadie vende por debajo de sus costos.** Quien decide iniciar una guerra de precios está invirtiendo para lograr una posición de monopolio que le retribuya su erogación inicial. Esto plantea varias dudas. Por una parte **nadie puede tener la certeza de que una vez ganada la guerra de precios le será posible subir los precios sin generar la entrada de otros vendedores atraídos por las ventas monopólicas.** Por lo tanto la teoría de los precios predatorios tiene que estar ligada a algún tipo de barrera de entrada. Como se señalara anteriormente estas trabas deben ser consistentes intertemporalmente, es decir es el caso de inversiones hundidas o de una reputación. Por otra parte quien decide iniciar la guerra de precios sufre más pérdidas durante el tiempo que dura la disputa que los competidores que desea desplazar. Esto ocurre porque al reducirse los precios aumenta la cantidad demandada por los consumidores y alguien debe satisfacer esta demanda a los valores inferiores a los costos, en el supuesto de la teoría de los precios predatorios para evitar que suban los precios. Quien debe aumentar su producción a pérdida es precisamente quien comenzó la guerra. Esto conduce a otra de las críticas que se han formulado a esta teoría. Si el mercado de capitales fuera perfecto nunca sería rentable iniciar una guerra de precios porque los bancos deberían estar más dispuestos a financiar a los competidores en lugar del depredador que va a incurrir en mayores pérdidas. Por ellos se acepta que el dumping o los precios predatorios son más factibles cuando existen subsidios del gobierno que facilitan la actitud anticompetitiva. No existe ninguna posibilidad de distinguir una reducción de precios por motivos predatorios de otra realizada porque ha sido factible reducir los costos antes que el resto de los competidores. En realidad un motivo importante para confiar en la

competencia es la dificultad para determinar los precios de equilibrio en su ausencia (en ausencia de la competencia). Penalizar supuestas acciones predatorias equivale a sacrificar una mayor competencia cierta hoy por una supuesta mayor competencia en el futuro. **Como el dumping, los precios predatorios son más una excusa para la protección o el subsidio estatal que un hecho económico cierto.**

La legislación de defensa de la competencia tiene o debe tener un único objetivo claro: **Maximizar el bienestar general poniendo el énfasis en los consumidores.** Una norma que genera penas por casos de precios predatorios pero no para otras formas estará desvirtuando este objetivo privilegiando indebidamente a los conductores nacionales o de menor tamaño en detrimento de los consumidores. La ley debe preocuparse en los problemas de eficiencia económica y no la distribución del ingreso. Dada la dificultad que existe para detectar el nivel de ingresos o riqueza de los afectados por una medida que va en contra de la defensa de la competencia y además porque existen otros instrumentos de política económica mucho más aptos para lograr cumplir con objetivos de equidad en particular de la distribución del ingreso. No se debe utilizar la ley de defensa de la competencia como forma de promoción regional o sectorial o para privilegiar a algún tipo de empresas.

La ley de defensa de la competencia debe ser mucho más tolerante con los acuerdos verticales que con los horizontales. Los incentivos a comportarse de una manera oportunista por parte de los distribuidores de un producto, la existencia de costos de transacción que impiden a los consumidores determinar con exactitud la calidad en el momento de la compra son solo algunos ejemplos de los problemas que ciertos arreglos verticales pueden solucionar en forma eficaz. En el caso extremo en que se prohibiera cualquier tipo de restricción vertical se generaría un incentivo artificial a la integración vertical. Debe señalarse que algunos arreglos verticales pueden parecer en la superficie muy negativo para algunas de las partes. Sin embargo en un contexto donde existen alternativas no puede argumentarse que una parte tratara de exfoliar a la otra ex ante. En un acuerdo quien aceptó una cláusula supuestamente expropiatoria tiene que recibir alguna compensación por ello.

En otro lugar donde la legislación debe ser más tolerante es en los precios predatorios. La teoría que los considera nocivos para los consumidores es altamente especulativa.

La preocupación de la política antimonopólica debe centrarse en los acuerdos que a través de la reducción de la producción procuran aumentar el precio de los consumidores. Si no se posee capacidad para discriminar precios solo es posible obtener rentas reduciendo la cantidad ofrecida al mercado. Cuando existe tal posibilidad de diferenciar consumidores no es claro que convenga prevenirla, porque

es difícil distinguirla de soluciones que procuran resolver otros problemas o meras violaciones contractuales que no correspondería penalizar por medio de la legislación de defensa de la competencia, sino que deberían resolverse en un pleito aparte.



