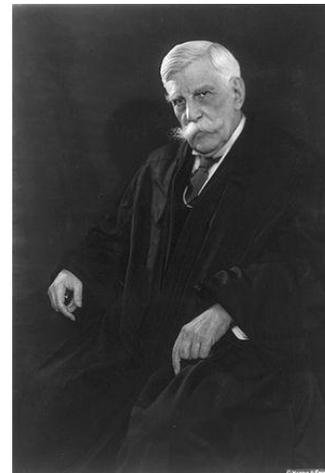


INTRODUCCIÓN GENERAL Y PARTE 1

“For the rational study of the law the black letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.”

Oliver Wendell Holmes, Jr.¹

Este es un libro de filosofía de la ciencia, que espero sea útil para los estudiantes de una Maestría en Derecho y Economía. Law and Economics (L&E), desde mediados del siglo XX, constituye una nueva disciplina, que no es ni del todo derecho, ni del todo economía. Requiere cada vez más profundos conocimientos de ambas áreas del saber, y tal vez, si visualizamos en algún momento futuro un derecho *científico*, esta nueva área del saber tendrá algo así como la corona que rodea los nuevos caminos, aún ignotos en su mayor parte, propios del saber renacentista.



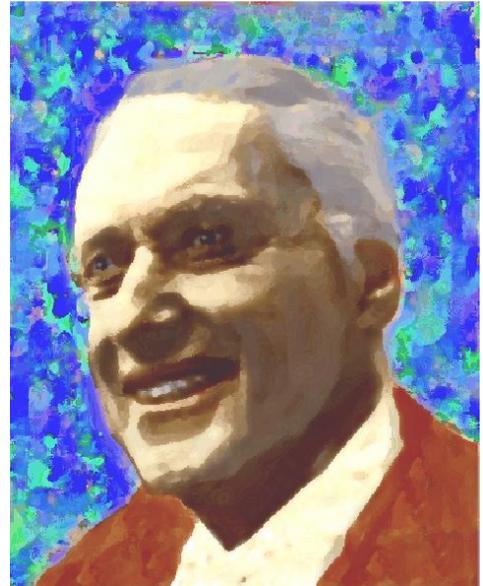
Oliver W. Holmes, Jr.

En efecto, como predijo Wendell Holmes, el estudio racional del derecho requiere una dosis apropiada de estadística y conocimientos de una maestría en economía, pero también de econometría – que, como señaló Ragnar Frisch en su nota editorial introductoria de la revista *Econometrica* (1933) – se ocupa de la tarea de desarrollar y aplicar métodos cuantitativos o estadísticos para estudiar o dilucidar principios económicos. De no incorporar a la econometría dentro de su “caja de herramientas”, ¿cómo podría examinar el derecho el valor empírico de ciertas teorías o enunciados, como el de los impedimentos provisorios y la teoría de los contratos, la regla por daños y perjuicios irreparables, el teorema de Coase y las normas sociales, o simplemente la decisión que debe tomar un tribunal en un caso de supuesta discriminación sexual en el salario cobrado?²

¹ Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 10 *Harvard Law Review* 457, 469 (1897) http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm. Wendell Holmes, Jr. (1841-1935) fue un jurista norteamericano que ejerció como juez asociado en la Corte Suprema de US entre 1902 y 1932. Es uno de los juristas más citados de la historia de las Cortes Supremas de justicia de US, en particular por su opinión sobre el caso del año 1919 que representaba para él “un peligro inminente y claro” con referencia al caso *Schenck v. United States* (http://en.wikipedia.org/wiki/Schenck_v._United_States). La Corte sostuvo en base a la Ley de Espionaje de 1917 que un recusado no tenía derecho a la Primera Enmienda (http://en.wikipedia.org/wiki/First_Amendment_to_the_United_States_Constitution) a la libertad de palabra contra un reclutamiento durante la I Guerra mundial. Charles Schenck era secretario del Partido Socialista y responsable de haber impreso, distribuido y enviado por correo 15,000 panfletos contra la conscripción a hombres elegibles que se oponían. Estos panfletos tenían afirmaciones como las siguientes: “No se deje someter por la intimidación”, “Haga valer sus derechos”, “Si usted no los hace valer y no sostiene sus derechos, terminará ayudando a negar o a desacreditar derechos que son una obligación solemne que todos los ciudadanos y residentes de US deben retener.” En definitiva, el caso sirvió como base de la regla del peligro claro e inminente (http://en.wikipedia.org/wiki/Clear_and_present_danger). Fue uno de los jueces norteamericanos más influyentes en temas de common law.

² Ragnar Frisch fue uno de los fundadores de la economía moderna. Introdujo adelantos significativos en economía, y además acuñó muchos términos nuevos, como los de *econometría* y *macro-economía*. Un documento suyo de 1926 dio origen al así llamado enfoque *neo-walrasiano*. Formalizó además la teoría de la producción. En econometría trabajó sobre series de tiempo y el análisis de regresión lineal. En un documento de 1933 sobre los ciclos de negocios de propagación e impulso generó uno de los principios de la moderna teoría del ciclo de negocios de la llamada Nueva Economía Clásica. También contribuyó a introducir la modelización econométrica en el planeamiento y la contabilidad del gobierno. Fue uno de los fundadores de la *Econometric Society* y editor de *Econometrica* por 20 años. Más detalles pueden ser accedidos en http://en.wikipedia.org/wiki/Ragnar_Frisch

Puede sostenerse, sin embargo, que la orientación del derecho es más hacia el enfoque aplicado – instrumental e ingenieril – que lo habitual. En este aspecto, lo que ha sucedido con otras disciplinas puede iluminar lo que podría deparar el derecho en los años venideros. Veamos, por ejemplo, el análisis de Mankiw sobre la evolución de la macroeconomía, que tuvo su origen con la Gran Depresión de los 1930s y en la *Teoría General* de Keynes (1936).³ En este Tratado de Economía y Derecho, hemos seguido a Ejan McKaay que ubica en los 1940s la revitalización en Chicago del movimiento de derecho y economía bajo la conducción de Aaron Director. Mankiw ofrece una historia de la macroeconomía y una evaluación de lo que se aprendió en las últimas décadas, basándose en evolucionó mediante los esfuerzos de dos tipos de macroeconomistas – los que se aproximan al campo como si fuera una especie de problema de ingeniería y los que desean asimilarlo más a una disciplina científica. Los macroeconomistas primitivos eran algo así como ingenieros que trataban de resolver problemas prácticos⁴ – de modo similar a los abogados y expertos en derecho de hace años (y que aún son la mayoría en nuestro país) – mientras que los macroeconomistas (como los expertos en derecho), más recientemente, se han dedicado a desarrollar instrumentos analíticos y establecer principios teóricos. En economía, estos instrumentos y principios se adaptaron lentamente en el campo aplicado. Finalmente, un tema recurrente ha sido la interacción – a veces productiva y otras no – entre científicos e ingenieros, algo que también podría ser afirmado en derecho. Compárese con Ejan Mckaay, que subraya en una entrevista: “Siempre es



Ragnar Frisch (1895-1973), primer premio Nobel de economía (1969) en forma conjunta con J. Tinbergen

³ N. Gregory Mankiw, *The Macroeconomist as Scientist and Engineer*, Harvard Institute of Economic Research, July 2006; *Journal of Economic Perspectives*, American Economic Association, vol. 20(4), pages 29-46, Fall 2006 http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=14058&Itemid=0. Para los abogados que están tomando una Maestría en Economía, este texto es especialmente recomendable porque brinda una excelente introducción a la evolución del pensamiento macroeconómico del siglo XX.

⁴ Mankiw dice que Keynes y los economistas keynesianos que modelaron, como Hicks y Modigliani, así como los econométricos como Lawrence Klein y Otto Eckstein, “tenían la perspectiva de un ingeniero. Estaban motivados por los problemas del mundo real, y una vez desarrolladas sus teorías, estaban ansiosos de aplicarlas. Hasta que falleció en 1946, Keynes se ocupó profundamente de llevarlas a la práctica”. Luego vino una segunda ola de la “nueva economía clásica” – la revolución de las expectativas racionales, cuando Robert Lucas demostró que los modelos keynesianos corrientes eran inútiles porque fallaban en tomar seriamente en cuenta a las expectativas. Sargent & Wallace extrajeron una conclusión de políticas: como resulta imposible sorprender a la gente de modo sistemático, una política monetaria sistemática que busca estabilizar al sistema económico está condenada al fracaso. La tercera ola llegó de la mano de Kydland & Prescott y Long & Plosser en los 1980s: al igual que las teorías de Milton Friedman y Robert Lucas, sus teorías estaban elaboradas bajo un supuesto fuertemente rupturista con la tradición keynesiana – que los precios se ajustan en forma instantánea para lograr el equilibrio de los mercados. A diferencia de la segunda ola, en este nuevo enfoque del ciclo económico real no había ningún rol para una política monetaria, ya fuera no anticipada o no, al efecto de explicar las fluctuaciones económicas. Como consecuencia de las sucesivas oleadas de nueva economía clásica, el terreno de la macroeconomía se fue haciendo crecientemente riguroso y atado a los instrumentos de la microeconomía. Para un análisis de la secuencia que tuvo la macroeconomía en el siglo XX, véase Michael Woodford, *Revolution and Evolution in Twentieth-Century Macroeconomics*, traducción de Enrique A. Bour, February, 2011. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=218&Itemid=40

necesario que los franceses estén abiertos a lo que sucede en todo el mundo, en particular en los US... Los franceses deben estar dispuestos a discutir... En una economía de mercado el tipo de análisis propuesto [en su libro de L&E] muestra que hay conflictos con los enfoques del Banco Mundial, ya que los sistemas “civilistas” de origen francés tienden a una gran intervención del Estado, y por consiguiente a un menor desarrollo y a una menor cantidad de capital disponible para financiar proyectos innovadores. Hay algo bueno en este debate, en particular para los países en desarrollo: no hay que equivocarse con la fórmula, es algo evitable.” Sustituyendo franceses por latinoamericanos, se tiene un excelente cuadro de situación de la enorme utilidad que puede brindar L&E al profesional de nuestros países, que han optado en general por sistemas de derecho civil con gran peso del estado en sus economías.

Quien a mi juicio ha puesto más claro el problema del Derecho como disciplina científica es Thomas S. Ulen (Capítulo XX del presente libro): “En Moldavia,⁵ el Derecho estará en claro contraste con los ejemplos del fisiólogo o del economista. Consideren lo que pasaría si un estudiante de derecho de Moldavia tuviera que escribir algo sobre un cambio de la ley de contrato de trabajo que ha sido implementado por los tribunales del país. Supongan que se trata de un escrito de gran calidad. Lo primero que hay que reconocer es que es probable que este escrito sólo interese a los que estudian las leyes de contrato en Moldavia, incluyendo a los que lo practican. Pero resulta inverosímil que resulte interesante para los que estudian derecho en otros países. El motivo es, simplemente, que los que estudian derecho tienen una tendencia a escribir artículos de derecho solamente sobre sus propios sistemas legales y para los que actúan en esos sistemas legales. Es como si el médico de Moldavia escribiera sobre diagnóstico y técnicas de tratamiento del cáncer de próstata en Moldavia o que el economista moldovano tuviera una teoría que sólo se aplicara a los que toman decisiones en esa república.”⁶

1. El jurista como científico e ingeniero⁷

Figures speak and when they do, Courts listen, es una máxima que se suele escuchar repetidamente en casos presentados a los juzgados (ver Fallo Brooks v. Beto, 366 F.2d 1, 9 (5th Cir. 1966)).⁸ Este libro brinda una introducción a la teoría económica, al análisis matemático y a las técnicas estadísticas más utilizadas en los tribunales de los países más avanzados. En un artículo sobre el uso de la matemática en economía, el profesor Leontief⁹ - premio Nobel 1973 de economía – nos recuerda que la estructura general de la teoría económica responde al esquema siguiente: el objeto del análisis económico es el proceso económico observado, o al menos observable. Las variables típicas con las que se describe un sistema económico son las cantidades de varios bienes y servicios producidos, consumidos, adicionadas o restadas de las existencias, vendidas y compradas; y además los precios a los que se realizan estas compras y ventas. Cuando el problema es formalizado en el modo matemático, se aprecia que la cantidad de recursos naturales y humanos, el estado del conocimiento técnico y las preferencias de los consumidores son los que determinan la estructura de las ecuaciones (o desigualdades) que, a su

⁵ Moldavia es un país imaginario usado por Ulen para su ejemplo.

⁶ Thomas S. Ulen, (2002), A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law, Illinois Law and Economics Working Paper Series. Illinois Law Review, 2002; SSRN.http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=11725&Itemid=0

⁷ Véase William W. Schwarzer and Joe S. Cecil, Management of Expert Evidence, Federal Judicial Center, 2000 [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/\\$file/sciman00.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman00.pdf/$file/sciman00.pdf)

⁸ <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/521/521.F2d.782.74-1630.html> En este libro utilizaremos en forma reiterada fallos de las cortes de apelación de US como el mencionado, y en menor medida, de las europeas. La expresión “5th Cir.” se refiere a un fallo de la corte del quinto circuito (ver más adelante).

⁹ Wassily Leontief, Mathematics in Economics, Bulletin of the American Mathematical Society (AMS), 60 (1954) 215-233. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=16552&Itemid=0

vez, determinan los valores que tendrán las que fueron definidas como “variables” dependientes del sistema económico.

Ahora bien, al discutirse las políticas económicas públicas – en contraste con el análisis de la elección racional – debe reconocerse el carácter normativo del problema. En este aspecto, el enfoque matemático cristalizó en torno a formular propiedades (deseables o convencionales) de la *función de bienestar social*. En este tipo de análisis, la utilidad social se postula como una función de los niveles de utilidad personales alcanzados por cada miembro de la sociedad en cuestión, descritos de modo “ordinal”. Dice Leontief que la contribución importante del enfoque matemático en cuestiones tan controvertidas, hoy como entonces, como la distribución del ingreso, consiste en señalar cuán difícil es formular en términos operativos concisos cualquier norma dirigida al bienestar público general y el problema de la distribución equitativa del ingreso en particular. Muchas cuestiones que tienen que ver con la lógica de las decisiones o con la conducta en los mercados no pueden ser apreciadas sin una formulación matemática explícita. A partir de Augustin Cournot, los economistas han analizado estos problemas con distintas dificultades; la moderna teoría de los juegos permitió obtener algunos resultados positivos, pero aún hoy se carece de una teoría aceptable de la conducta de maximización interdependiente. Y subraya Leontief que la economía, en particular la economía matemática, adoptó en forma temprana la actitud y los modos de ser de las ciencias exactas empíricas sin haber lidiado con la investigación directa y detallada de los hechos.

En Derecho, el uso de la evidencia estadística parece ir *in crescendo*. Los investigadores también observan una creciente sofisticación del uso de estadística por parte de los tribunales. Incluso hay autores que sugieren que los jurados y jueces pueden estar esperando evidencia estadística en algunos tipos de casos. Tal vez el juez esté entrando en un territorio que no le resulta familiar, pero ello no debería impedir que se haga cargo del proceso de definición de la cuestión. En efecto, no hay mejor forma de comenzar que haciendo las preguntas básicas del letrado, explorando a continuación los supuestos subyacentes y sondeando cuál es la naturaleza de la demanda y de la defensa, las teorías de las causas generales y específicas, las defensas por anticipado, la evidencia esperada de los expertos, y las áreas de desacuerdo entre los mismos. El objetivo de este ejercicio debería ser educar, no argumentar; y debería brindarse a todos los participantes una oportunidad de aprender sobre el caso en cuestión. Al infundir dentro del pleito un espíritu de investigación, el tribunal puede establecer el tono del litigio, alentando a las partes a ser más claras, candorosas y urbanas.

Las conclusiones de un testigo que ofrece un testimonio científico serán en general producto de un proceso de razonamiento en múltiples etapas. Separando el proceso en sus distintas etapas, el juez a menudo podrá limitar el pleito a una etapa particular del proceso, facilitando así su resolución. Aunque en general estas etapas no resulten intuitivamente obvias al no experto, pueden ser identificadas dentro del proceso de identificación del caso. Y una vez que estas etapas hayan sido identificadas, puede determinarse más fácilmente cuáles son las que dan origen al pleito. El alcance de este libro es necesariamente limitado, pero hemos recurrido a diversas fuentes para sugerir enfoques analíticos y oportunidades que los jueces pueden utilizar para identificar y precisar las cuestiones presentadas en controversias sobre evidencia científica. Por ejemplo, un juez podría pedir a los letrados de ambas partes que intercambien y faciliten al tribunal un esquema paso a paso de los procesos de razonamiento que serán utilizados en la definición e identificación de la cuestión discutida.

Los juicios que involucran evidencia científica o técnica presentan un desafío particular para el juez y los miembros del jurado, consistente en entender del tema de que se trata y tomar decisiones informadas. Hay varias técnicas que pueden utilizarse para facilitar la presentación de

estos casos y mejorar su comprensión. El uso de estas técnicas podría ser explorado en una conferencia previa al juicio. A continuación veremos un resumen de técnicas que, en forma aislada o combinada, vale la pena considerar.

Estructuración del juicio Uno de los obstáculos principales para comprender la cuestión es un juicio de excesiva longitud. Por ese motivo se adoptan medidas para limitar su duración acotando el alcance de las cuestiones, el número de testigos y la cantidad de evidencia, así como el tiempo dedicado por cada parte para realizar un examen directo y otro cruzado. En Argentina, en un estudio dirigido por Adrián Marchisio¹⁰ “entre los indicadores seleccionados puede llamar la atención la incorporación de algunos que no tienen estricta relación con cuestiones temporales, como por ejemplo la cantidad de fojas utilizadas, es decir la cantidad de actividad jurisdiccional que tuvo que ser plasmada en soporte papel, pero que sí tiene una incidencia muy importante a efectos de relevar la formalización o informalidad real del proceso penal y la incidencia que ello puede representar en términos de celeridad procesal. Extremos que pueden ser elementos valiosos a la hora de discutir sobre la “cuota de oralidad” que en realidad posee el sistema, más allá de que por costumbre se lo llame “oral y público” cuando en realidad no siempre lo es.”¹¹

Este documento utilizó como metodología de recolección de datos un muestreo aleatorio simple, porque el relevamiento de expedientes llevado a cabo respetó la multiplicidad de su aparición, en la medida de las posibilidades que cada tribunal ofrecía, brindando las condiciones formales de aleatoriedad. Por otra parte se analizó el número de fojas utilizado en cada etapa. “Este único dato no es autosuficiente para dar cuenta del grado de formalización que poseen los actos del proceso, pero es un elemento muy ejemplificador al respecto. Los resultados obtenidos dan cuenta que en la mayoría de los casos los sumarios son elevados a juicio en un cuerpo (200 fojas), aunque se visualizan extremos muy diferentes. Por un lado se observaron casos donde con sólo 51 fojas se pudo completar la investigación preliminar y otros que requirieron 1022 fojas (5 cuerpos). Mientras que en la etapa de juicio exclusivamente insumieron un promedio de 350 fojas (un cuerpo y medio), y los extremos también fueron muy distantes, algunos juicios se llevaron a cabo con sólo 72 fojas mientras que otros comprendieron 1.352 fojas (seis cuerpos y medio). En resumen entre ambas etapas el promedio de fojas utilizadas ronda 550, aproximadamente dos cuerpos y medio.”¹² Asimismo, “se observa que en el 94% los casos ingresan al sistema judicial (ya sea a la

¹⁰ Adrián Marchisio, A diez años de la implementación del juicio oral y público en el sistema federal argentino, 2004
http://www.unidosjusticia.org.ar/archivo/UNIJUS_RESUMEN_EJECUTIVO_DURACION_PROCESO.pdf

¹¹ En el procedimiento penal federal argentino, el juicio oral y público fue instaurado en 1992 con el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) mediante la ley 23.984 que introdujo la etapa de debate y creó los tribunales orales con competencia criminal. http://www.csjn.gov.ar/cmfcod_procesal_penal.html

¹² La inserción de la "firma digital" en el ámbito judicial constituye un importante paso que promete superar demoras en tramitaciones ante la Justicia, acelerar los tiempos procesales, brindar un resguardo adecuado de la información y hasta cambiar la forma en que se realizan las notificaciones en la Justicia. Así, la Procuración General de la Nación implementó la firma digital como "prueba piloto" para sustituir los oficios en todas las fiscalías federales del interior del país (350 fiscalías nacionales y federales). También cuentan con este mecanismo magistrados y funcionarios a cargo de juzgados del país. Para tener una idea del ahorro, téngase en cuenta que mientras se estima que un caso de 300 cuerpos entra en un DVD, la digitalización se traduce en 391.049 carillas y casi 2000 cuerpos de expedientes. “La *firma digital* es un esquema matemático que sirve para demostrar la autenticidad de un mensaje digital o de un documento electrónico. Una firma digital da al destinatario seguridad en que el mensaje fue creado por el remitente, y que no fue alterado durante la transmisión. Las firmas digitales se utilizan comúnmente para la distribución de software, transacciones financieras y en otras áreas donde es importante detectar la falsificación y la manipulación. Consiste en un método criptográfico que asocia la identidad de una persona o de un equipo informático al mensaje o documento. En función del tipo de firma, puede, además, asegurar la integridad del documento o mensaje.” http://en.wikipedia.org/wiki/Digital_signature

policía o directamente al juzgado o fiscalía) dentro del mismo día o a lo sumo a un día de su comisión. Esto demuestra que la mayor parte de los hechos que llegan a juicio son de tipo flagrante, tal como se ha comprobado con el análisis sobre el tipo de trámite asignado”.

En cuanto al tiempo transcurrido para tomar declaración indagatoria a un acusado, “si bien la declaración indagatoria es un acto exclusivamente de defensa, reviste vital importancia habida cuenta de que es el momento a partir del cual, el imputado es anoticiado concretamente del hecho que se le imputa y las pruebas que se posee en su contra, pero además porque a partir de este momento se empiezan a contar los 10 días que el código establece para que se dicte un auto de mérito (procesamiento o sobreseimiento) o la falta de mérito y se disponga la producción de nuevas pruebas”. “El plazo [del auto de procesamiento] también es de suma importancia, si tenemos en cuenta que es la primera decisión jurisdiccional que se adopta respecto de una persona sometida a proceso y que puede ir acompañada con medidas cautelares, tanto personales (prisión preventiva) como materiales (embargo). El análisis de los 162 casos donde se encontró esta variable (puesto que no lo integran las causas bajo el régimen de la instrucción sumaria ya que no posee procesamiento),¹³ en el 70% de los casos se cumplió con el término legal (diez días hábiles), que aquí fue relevado en días corridos (15 días). Sin embargo, como en algunos supuestos los plazos se extendieron por sobre el plazo legal, el promedio llegó a los 70 días corridos”. “¿Cuánto tiempo insume agotar la investigación a partir del procesamiento hasta llegar al requerimiento de elevación a juicio? En este punto hay que tener presente que prácticamente en la mitad de los casos durante la instrucción hubo intervención de la Cámara de Apelaciones, en su mayoría motivada por apelaciones, dado que el universo de casos analizados está caracterizado por casos en los que el procesamiento va acompañado de prisión preventiva. Observamos que entre el procesamiento y el requerimiento fiscal de elevación a juicio se produce una demora promedio de 4 meses. Aunque en una importante cantidad de casos (64%) ese tiempo se reduce a 3 meses.”

“¿Cuánto tiempo le toma al Estado lograr imputar formalmente un delito a una persona para juzgarlo en un juicio oral y público? Esta pregunta tiene respuesta en el lapso que existe entre el inicio del sumario o primera actuación y el requerimiento de elevación a juicio, que en promedio alcanza ocho meses. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, tratándose de muchos casos flagrantes, en un 55 % este tiempo se acorta a cuatro meses. La instrucción, que en otros ordenamientos está a cargo de un tribunal distinto del que practicó la investigación preliminar, en el ordenamiento federal de Argentina, corresponde al mismo juez de instrucción. También hay que tener en cuenta que teóricamente luego de practicado el requerimiento de elevación a juicio, sólo resta correrle vista a la defensa para que dentro del sexto día consienta la elevación o formule su oposición y en su caso el juez dicte el auto de elevación a juicio. Por este motivo llama la atención que tratándose de una etapa en la que sólo existe una vista por seis días a la defensa y un término similar para decidir alguna oposición, el promedio de casos demoró en esta etapa dos meses y medio hasta que el expediente llegó al Tribunal Oral. Evidentemente aquí podrá observarse que se presenta por primera vez, uno de los “tiempos muertos” del proceso más significativos, más allá de que es evidente que, aunque no hay actividad jurisdiccional propiamente dicha, en la práctica muchas veces este lapso es utilizado para practicar las comunicaciones correspondientes al auto de procesamiento y demás resoluciones dictadas en la instrucción, la certificación de efectos para su remisión al tribunal de juicio, la certificación de antecedentes, etc. Las tendencias de reforma en toda América Latina, han puesto el eje en la no

¹³ Si bien el CPPN en (art. 207) establece un plazo para realizar la instrucción de 4 meses prorrogable por otros 2 más para casos graves y complejos, un relevamiento realizado por el FORES – Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia- muestra que el promedio de duración de la etapa de instrucción es de casi 11 meses.

formalización de esta etapa, precisamente para lograr que su duración sea muy breve, a efectos de concentrar el proceso en la etapa de juicio, donde realmente se goza de verdadera contradicción de las partes e intermediación del tribunal para con la prueba. Sin embargo, hemos observado que en nuestro caso, la no formalización parece un objetivo muy lejano a la realidad actual, y como era lógico ello incide directamente en el tiempo de su tramitación. En efecto, del estudio de todos los casos analizados se advierte que en promedio la instrucción dura casi once meses (320 días). El término legal de cuatro meses (art. 207 CPPN) sólo se alcanza en 40% de casos, y el término extendido a 6 meses (que es aplicable a los casos sumamente graves y complejos, que como observamos no son mayoría en los casos analizados) apenas llega a 51% de casos.”¹⁴ De la totalidad de casos que integran la muestra 56 % fueron resueltos por juicio abreviado y 44% restante por medio de debate oral y público, en sólo 6 de los 190 casos se aplicó la suspensión del proceso a prueba.

“Del total de la muestra en tan sólo 10% de los casos intervino la Cámara de Casación por recursos presentados contra la sentencia, mientras que la intervención por este Tribunal por autos interlocutorios o apelación de otro tipo de medidas fue ínfimo (3%). La intervención de la Corte Suprema por interposición de recursos extraordinarios fue muy reducida. Sólo 2% de los casos, es decir que de 190 expedientes, tan sólo en 3 casos intervino la Corte.”

¿Cuánto demora la etapa de juicio oral y público en Argentina? Según los datos incluidos en el documento, corresponde hacer una distinción, porque como se observó prácticamente en más de la mitad de los casos se arriba a un acuerdo de juicio abreviado, y en consecuencia, si bien se dicta una sentencia, no se celebra el debate oral y público. Por ello, cabe decir en un primer momento que el término general y promedio de duración de la etapa de juicio (sin distinción de trámite) es de 7 meses. También en este caso se halla el fenómeno de la polarización de casos que fue señalado para la instrucción, puesto que si bien algunos sumarios han llegado a obtener una sentencia por medio de un acuerdo de juicio abreviado en tan pocos días, en otros casos extremos, la etapa de juicio duró 3 años y medio.

¿Cuánto tiempo debe estar una persona sometida a proceso para obtener una sentencia? “La respuesta a este interrogante es fundamental si tenemos en cuenta el estado de incertidumbre al que es sometida toda persona que es imputada de un delito, así como también y no menos relevante es la penosa situación de la víctima que desea obtener una respuesta estatal rápida frente a la vulneración de sus derechos, una vez que ha identificado a un posible autor. Por ello se analizó el tiempo transcurrido entre el primer llamado a indagatoria y la sentencia del Tribunal Oral. La respuesta está limitada a los casos que no fueron recurridos, de modo tal que si contamos con la posibilidad de la intervención de la Cámara de Casación Penal y/o la Corte suprema, habrá que adicionarle los plazos que se indicarán más adelante. Con esta salvedad, podemos decir que en promedio desde el llamado a indagatoria hasta la sentencia del Tribunal Oral transcurren 14 meses”. “En el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se accedió a la totalidad de expedientes penales que fueron remitidos por el alto tribunal en 2000 para que la Procuración realice su dictamen, y que ascendieron a 70 casos penales dentro de 648 que ingresaron en total de los distintos fueros. En este caso fue posible diferenciar los plazos por el tipo de recurso o intervención y también desagregar el tiempo de tramitación que demoró ante el

¹⁴ El documento puntualiza que “pareciera que hay una polarización muy grande entre aquellos casos de flagrancia que son tramitados con una dinámica muy ágil, y otra franja de casos también importante que insumen mucho más tiempo. Por ejemplo, existe una franja de 23% de los casos en que la instrucción tardó entre 1 y dos años y medio, mientras que también se registró un 8% que demoró entre dos años y medio y seis años. Esta polarización es muy llamativa, porque se han detectado casos con una duración mínima de un mes, y otros que han demorado 2169 días (6 años)”.

Ministerio Público y ante la Corte Suprema. En términos generales se advierte que en promedio los recursos ante la Corte Suprema duran alrededor de 11 meses. De los cuales la tramitación ante la Procuración General insume 2,5 meses y los 8,5 restantes son los que el alto tribunal utiliza para dictar la sentencia. Como ocurre con los recursos Casación Penal, existen extremos muy distantes, por ejemplo, mientras que algunos recursos por cuestiones formales son rechazados en pocos días, también se dieron ejemplos cuya tramitación total insumió casi 3 años. Más allá de estos casos paradigmáticos, puede decirse que en la generalidad de los casos 23% del tiempo lo insume el dictamen fiscal y 77% restante corresponde al estudio y resolución de la Corte Suprema. Y sabiendo que en promedio los sumarios duran aproximadamente 1 ½ años (18 meses) la intervención de la Corte implica un demora adicional de 60% más de tiempo.”

Comparación con US En US el derecho a un juicio en un plazo razonable está consagrado en la 6ª enmienda de su constitución, cuya cláusula fue interpretada judicialmente en términos similares a la doctrina sentada por el TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En particular, en 1974 la Ley de Juicio Rápido estableció, en el orden federal una serie de plazos para cada etapa, 120 días para llevar al acusado a juicio, (110 días si es detenido) que puede ser ampliado por causa justificada, con un límite máximo de 5 años para completar todas las etapas del proceso y con derecho a solicitar la anulación de los cargos en caso de incumplimiento. Algunos estados confían el resguardo de este derecho a los Consejos Judiciales (*Judicial Councils*) como el caso de California, donde son los responsables de adoptar estándares para el trámite y resolución de las causas civiles y penales, imponiéndoles como principio general que deben insumir un tiempo razonable para el cumplimiento de cada paso procesal y que cualquier otro lapso adicional configura una dilación que debe ser eliminada.¹⁵ En una encuesta realizada a jueces y fiscales de Portland (Washington) se afirma la conveniencia de concluir los casos antes de 18 meses.¹⁶

Administración del Jurado Deberían adoptarse medidas para aliviar la tarea de los jurados,¹⁷ tales como brindar instrucciones preliminares que expliquen de qué caso se trata y sobre qué cuestiones el jurado deberá tomar una decisión; permitirles que tomen notas; y facilitarles computadoras con indicaciones de claves, glosarios, estipulaciones, listas de testigos, y guías temporales o cronologías. Hay jueces que hallan que permitir a los jurados hacer preguntas – usualmente por el tribunal – puede ayudar a que los letrados descubran si los jurados están confundidos. Los hay que también hallaron que los resúmenes provisorios (o enunciados de apertura provisorios) son útiles para la comprensión de los jurados; a los abogados se asigna un cierto tiempo para que, de vez en cuando, se les explique a los testigos el significado esperado de su testimonio (p.ej. “El próximo testigo será el Dr. X, que explicará cómo pudo haberse producido la fractura. Presten especial atención a cómo explica cómo deben colocarse los tornillos.”)

Testimonio de los expertos En US, hay jueces que encuentran útil pedirle a un experto neutral que presente un cursillo destinado al juez y al jurado antes de que se presente la evidencia de los expertos cuando comience el juicio, delineando los puntos fundamentales de la ciencia o

¹⁵ Rafael Bielsa, y Eduardo Graña, El tiempo y el proceso, <http://www.argenjus.org.ar/argenjus/articulos/granabielsa.pdf>

¹⁶ Alexander Aikman, Tratando de reducir las demoras, citado por Bielsa, ob. cit.

¹⁷ La cuestión subyacente en la institución de un jurado es la alternativa entre si un juicio lo deben resolver profesionales del derecho (juristas), o personas no versadas en el mismo y, por tanto, menos influidas por los tecnicismos de la ley. Otra de las ideas que influyen en la existencia de jurados es la participación ciudadana en la administración de justicia como una forma de verdadera democracia directa y vinculante. Desde la clásica separación de poderes, los ciudadanos participan en el órgano legislativo y en el ejecutivo a través del sufragio. La única forma de participación ciudadana en el Poder Judicial, mucho más profesionalizado, sería a través del jurado como forma de administrar justicia. El jurado es figura procesal clásica del sistema inglés.

tecnología relevantes sin tocar las cuestiones en disputa. También se puede considerar la posibilidad de que los expertos de ambas partes testifiquen en forma conjunta en el juicio, en lugar de hacerlo por trozos en diversas etapas del juicio.

Presentación de la Evidencia Hay disponibles diversas tecnologías para facilitar la presentación de los pruebas. Algunas se basan en el uso de computadoras y simplemente facilitan la proyección de documentos en una pantalla, lo que permite a todos los miembros del jurado seguir el testimonio sobre un documento. Cuando se presentan datos en grandes volúmenes, deberían usarse resúmenes; un resumen de una declaración jurada puede ser más útil que una lectura de su transcripción. Gráficos, modelos, dibujos, videos, y presentaciones, todos son medios útiles para ayudar a comprender el asunto.

Claridad y Sencillez Los letrados y testigos en los casos científico-tecnológicos suelen sucumbir a la atracción que ejerce usar una jerga de la disciplina – que es una lengua extraña para todos los demás. Desde un principio el tribunal debería instar a que tanto letrados como testigos utilicen un castellano simple para describir al tema en cuestión y al presentar evidencia, de modo que puedan ser entendidos por gente no versada en el tema. Se les debe recordar de vez en cuando que no se están hablando entre sí, sino que se encuentran allí para comunicarse con el jurado y el juez.

Expertos Designados por el Tribunal En US hay dos fuentes de autoridad que le permiten a un tribunal designar a un experto, cada una de las cuales contempla un papel diferente del experto: a) el experto designado funciona como testigo, presentando evidencia al juez o jurado de las cuestiones de hecho en un juicio. El tribunal tiene una amplia discreción en decidir si designa al experto por cuenta propia o de una de las partes; b) complementariamente, existe una amplia autoridad inherente al tribunal de designar a los expertos necesarios para permitirle llevar a buen término sus obligaciones (incluyendo un “asesor técnico” como consultor del juez durante el proceso de toma de decisiones). El rol del asesor técnico, como su nombre lo implica, es proporcionar asesoramiento al juez, y no proporcionar evidencia ni decidir sobre el caso. El ejercicio de esta amplia autoridad implica designar a un asesor técnico para dialogar en la cámara con el juez con respecto a la evidencia.

Un caso de litigio por implante de siliconas de 1996 ofrece dos ejemplos del uso innovador de ambos tipos de expertos.¹⁸ En 1996 el Jefe del Juzgado Sam Pointer, Jr., de Alabama (N.), designó a 4 científicos para integrar un panel de expertos por la corte. El juez Pointer instruyó a los miembros del panel a que revisaran la literatura científica e informaran si ofrecía una base sólida para concluir que los implantes mamarios de gel de siliconas eran causa de enfermedades y síntomas. En un informe conjunto con capítulos de autoría de cada experto, los miembros del panel concluyeron que la literatura científica no ofrecía una base para tal conclusión. Luego de la entrega del informe, los miembros del panel presentaron una declaración jurada sobre este tipo de descubrimiento y fueron examinados en forma cruzada por ambas partes. Su testimonio en el “juicio” fue grabado en declaraciones en video al Juez Pointer, para ser examinadas de nuevo en forma cruzada por ambas partes. Cuando estos casos sean reabiertos, se espera que estas declaraciones sean usadas – ya como testimonio de un juicio o como evidencia en las audiencias previas de Daubert¹⁹ -- tanto en los tribunales federales de distrito como en las cortes estatales (como resultado de notificaciones cruzadas o de condiciones previas a ordenar una remisoría). Tener un único panel nacional brinda un fundamento más consistente para resolver estas cuestiones, así como también reduce tiempo y gastos de tribunales múltiples en convocar a expertos.

¹⁸ <http://www.fjc.gov/BREIMLIT/ORDERS/orders.htm>

¹⁹ Ver capítulo XXV.

Para que sea efectivo, el uso de expertos por el tribunal debe basarse en procedimientos previos al juicio que permitan al juez anticipar problemas con los testimonios de los expertos e iniciar las designaciones con el debido tiempo. El proceso previo al juicio permite limitar las cuestiones en disputa y filtrar en forma preliminar la evidencia de los expertos, y debe proporcionar al juez una indicación anticipada de si el tribunal deberá tener expertos designados. Aparentemente, jueces entrevistados que han designado a expertos dejan trascender que estas designaciones no serán frecuentes y se caracterizarán por evidencia particularmente difícil de entender, o una falla del proceso contradictorio en facilitar la información necesaria para lograr poner en orden los alegatos e interpretaciones en conflicto. Contratar a un experto aumenta el presupuesto del juzgado, los gastos de las partes y plantea problemas especiales con relación a la evidencia presentada. Valdrá la pena incurrir en estos costos adicionales sólo si la información provista por el experto resulta crítica para resolver las cuestiones disputadas.

Lo más probable es que sea el juez quien inicie el proceso de designación, porque las partes no plantearán esta posibilidad de por sí. El mismo tribunal podría iniciar el proceso de designación por cuenta propia mediante una disposición que explique la causa por la que un experto no debería ser designado. A las partes debería pedirseles que nombren candidatos a ser designados y que faciliten una guía sobre las características de los candidatos apropiados. No debería nombrarse a nadie sin su previo consentimiento y que no haya sido evaluado por posible conflicto de intereses. Los candidatos a designar deberían revelar plenamente todos sus compromisos (tanto formales como informales), publicaciones, extractos de cuentas, o asociaciones que puedan crear apariencia de parcialidad. Fomentar que ambas partes proporcionen una lista de candidatos y permitir que las partes tachen nominados de la otra lista son medidas que alientan a las partes a participar y expanden la lista de candidatos aceptables. Los jueces pueden acudir a departamentos académicos y organizaciones profesionales como fuente de experiencia.²⁰

Naturalmente la designación de expertos sólo tiene sentido en causas de cierta envergadura. En Argentina, entre julio y agosto de 2009, según un informe que las salas remitieron a la Corte Suprema de Justicia durante una auditoría, se resolvieron al menos 37 causas mediante *probation*²¹ (suspensión del período a prueba). “Como ha cambiado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también lo hizo la de la provincia. Antes se seguía un criterio estricto, según el cual ningún delito cuya pena máxima superara los 3 años de prisión podía ser resuelto mediante probation. Hoy prima un criterio amplio, y se puede acudir a esta vía aunque la pena máxima prevista para el delito supere tres años de prisión, siempre que el mínimo permita

²⁰ En US, el Court Appointed Scientific Experts (CASE) (<http://www.aaas.org/spp/case/case.htm>), es un servicio que brinda asistencia a jueces federales y estatales, jueces legales administrativistas y arbitrajistas para identificar a gente de elevada calificación, como científicos, ingenieros, y profesionales médicos para funcionar como expertos científicos. Fue al principio un proyecto limitado a los jueces federales de distrito, que aceptó el primer pedido de los jueces en febrero de 2001. La forma en que CASE ha brindado ayuda a los jueces hasta la fecha se halla en <http://www.aaas.org/spp/case/experience.htm>

²¹ Se inicia a pedido de la defensa, y no es necesario que el acusado acepte la comisión del delito. Sin embargo, éste ofrece una reparación y se compromete a acatar las reglas de conducta dispuestas por el tribunal. Así, se suspende el proceso, pero se reactivará si el imputado viola lo pactado, que puede ir desde una reparación económica hasta trabajos comunitarios. Esta vía sólo es posible para acusados sin antecedentes. En el caso de los juicios abreviados, en tanto, es condición *sine qua non* que el imputado asuma su culpa. Este tipo de vía de resolución es para causas en las que el acusado fue arrestado en flagrancia. Por lo general, hay una gran cantidad de pruebas que lo incriminan y el imputado reconoce el hecho en los términos especificados por el fiscal. El beneficio radica en que el individuo procesado no se ve envuelto en una causa extensa, ya que ésta termina más rápido.

aplicar una pena que no exceda de tres años de prisión”, según *La Gaceta* de Tucumán (noviembre 2009).²²

La Justicia en Estados Unidos Las cortes federales de US son denominadas “guardianes de la Constitución” porque sus decisiones protegen los derechos y libertades que ésta garantiza. Mediante juicios equitativos e imparciales, los juzgados federales interpretan y aplican la legislación para dirimir contiendas. Las leyes no son hechas por los juzgados, sino, como en Argentina, por el Congreso. Tampoco los juzgados tienen rol en hacerlas cumplir, una función del Presidente y de diversos organismos del Poder Ejecutivo. Los líderes políticos de Estados Unidos consideraban que un poder judicial independiente es esencial para asegurar la equidad y una justicia similar para todos los ciudadanos. Esbozaron una Constitución que promueve la independencia del Poder Judicial en dos formas. En primer lugar, los jueces federales son designados de por vida, y sólo pueden ser desplazados de sus funciones mediante juicio político y condena por el Congreso por “traición, soborno, u otros crímenes o delitos relevantes”.

En segundo término, la Constitución establece que los salarios de los jueces federales “no podrán ser reducidos durante su período en funciones”, lo que implica que ni el Presidente ni el Congreso pueden bajar los salarios de los jueces federales. La Corte Suprema de US en *Evans v. Gore* (1920)²³ invalidó el gravamen al ingreso de los jueces diciendo que “la prohibición es general, no contiene excepciones y se dirige contra cualquier disminución” agregando “que los constituyentes quisieron prohibir todo tipo de disminución, sea por vía impositiva o directa, puesto que la independencia de los jueces es más importante que cualquier otro interés que justifique gravar sus salarios.” En *Miles v. Gaham* (1925)²⁴ extendió la garantía a los jueces designados con posterioridad a la creación del tributo. Al ser criticada por esta doctrina, la Corte cambió de criterio en *O’ Malley v. Woodrought* (1939) afirmando que los nuevos jueces debían pagar el impuesto a los ingresos. Allí la Corte de los EEUU sostiene que “...someterlos a un impuesto general es reconocer simplemente que los jueces son también ciudadanos, y que su función particular en el gobierno no genera una inmunidad para participar con sus conciudadanos en la carga material del gobierno cuya Constitución y leyes están encargados de aplicar”. En *Hatter v. U.S.* (1994)²⁵ declaró inconstitucionales, por lo dicho en *Evans*, las retenciones de las compensaciones por el Programa de Seguridad Social a los jueces, ya que la “reducción es concreta mientras que el beneficio es potencial y enteramente especulativo”.²⁶ Estas dos protecciones ayudan a que un Poder Judicial independiente decida sobre casos con libertad de las pasiones populares y de las influencias políticas.

Diferencias entre los sistemas de Cortes Federales y Estadales de US

Sistema de Cortes Federales	Sistema de Cortes Estadales
El artículo III de la Constitución confía el poder judicial de US al sistema judicial federal. El Artículo III, sección 1, concretamente, crea la Corte Suprema y da al Congreso autoridad para crear los tribunales federales inferiores.	La Constitución y leyes de cada Estado establecen los tribunales estadales. Un Tribunal de última instancia, la Corte Suprema, suele ser el más alto tribunal. Algunos Estados también tienen una Corte de Apelación intermedia. Por debajo de estas Cortes de Apelación, se hallan los tribunales de juicio del Estado. Algunos se denominan tribunales de circuito o de distrito.

²² http://www.lagaceta.com.ar/nota/351652/policiales/Cada_vez_mas_causas_resuelven_sin_juicio_oral.html

²³ <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=253&invol=245>

²⁴ <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=268&invol=501>

²⁵ <http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-1978.ZX.html>

²⁶ Jorge Horacio Gentile, El impuesto a las ganancias y el sueldo de los jueces, Córdoba, enero de 2004. <http://www.profesorgentile.com.ar/publi/imp.html>

El Congreso utilizó su poder para establecer 13 cortes de Apelación de US, 94 tribunales de distrito, la corte de demandas y la corte de comercio internacional de US. Las cortes de bancarrota manejan casos de quiebra. Los Jueces de la magistratura manejan algunos asuntos de juzgado.	Los Estados en general también tienen tribunales que manejan asuntos legales específicos, por ejemplo, cortes de sucesiones (testamentos y fincas); tribunal de menores; tribunal de familia, etc.
Insatisfechas con una decisión de una corte de distrito, de la corte de demandas y/o la corte de comercio internacional, las partes pueden apelar a la Corte de Apelaciones de US.	Insatisfechas con la decisión del Tribunal de primera instancia, las partes pueden llevar su caso a las cortes de Apelación intermedias.
Una de las partes podrá solicitar a la Corte Suprema revisar una decisión de la corte de Apelaciones, pero la Corte Suprema generalmente no está obligada a hacerlo. La Corte Suprema es el árbitro final en cuestiones constitucionales federales.	Las partes tienen la opción de pedir oír el caso al más alto tribunal del Estado.
	Sólo ciertos casos son elegibles para su revisión por la Corte Suprema.
La Constitución establece que los jueces federales deben ser nominados por el Presidente y confirmados por el Senado	Los jueces de la corte estatales son seleccionados de diversas maneras, incluyendo:
Quedan en su Oficina si tienen buen comportamiento, normalmente, de por vida. A través de procedimientos de juicio político del Congreso, los jueces federales pueden ser despedidos de la Oficina por mala conducta.	Elección, nombramiento por un número determinado de años, nombramiento de por vida y combinaciones de estos métodos, por ejemplo, nombramiento seguido por elecciones.
Tipos de casos analizados	
Casos en los que se ocupan de la constitucionalidad de una ley; casos que afectan a leyes y tratados de US; embajadores y ministros públicos; conflictos entre dos o más Estados; derecho de Almirantazgo y quiebra.	Mayoría de casos penales, sucesiones (en que participan testamentos y fincas), mayoría de casos de contrato, casos de agravio (lesiones personales), derecho de familia (matrimonios, divorcios, adopciones), etc.
	Los tribunales estatales son los árbitros finales de las constituciones y leyes del Estado. Su interpretación de la ley federal o de la Constitución puede ser apelada ante la Corte Suprema. El Tribunal Supremo puede elegir dar vista o no a tales casos.
El Congreso ha creado varios tribunales legislativos por artículo I que no tienen poder judicial completo. El poder judicial es la autoridad que decide en última instancia en todas las cuestiones de derecho constitucional, en todas las cuestiones de la ley federal y da vista a toda demanda en el núcleo de cuestiones de hábeas corpus.	
Tribunales del art. I: U.S. Court of Veterans' Appeals, ²⁷ U.S. Court of Military Appeals, y U.S. Tax Court. ²⁸	

Para seguir estos conceptos del sistema judicial de US pueden consultarse publicaciones mencionadas en nota a pie de página.²⁹

En US hay 13 circuitos judiciales, cada uno con su propia corte de apelación. La corte más pequeña corresponde al Primer Circuito y la más grande al Noveno Circuito, con 28 juzgados.

²⁷ <http://www.uscourts.cavc.gov/>

²⁸ <http://www.ustaxcourt.gov/>

²⁹ Federal Judicial Center, Civil Litigation Management Manual, 2010. [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivLit2D.pdf/\\$file/CivLit2D.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivLit2D.pdf/$file/CivLit2D.pdf) Administrative Office of the U.S. Courts, Courtroom Technology Manual, August 1999. <http://www.uscourts.gov/Libraries/Publications/CourtroomTechnologyManual.sflb.ashx> Administrative Office of the U.S. Courts, A Journalist's Guide to the Federal Courts, <http://www.uscourts.gov/uscourts/News/docs/JournalistGuide2011.pdf>

Entre los jueces destacados cabe mencionar a Richard A. Posner, abogado y juez de la Corte de Apelaciones del séptimo circuito, en Chicago. Es además, profesor titular de la facultad de derecho de la universidad de Chicago y uno de los principales exponentes del análisis económico del derecho. Es autor de un libro muy influyente como así también de muchos artículos de referencia obligada en esta disciplina.³⁰ Guido Calabresi, juez de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, autor de un libro sobre el costo económico de los accidentes³¹ y profesor de la facultad de derecho de la universidad de Yale, de la cual fue decano, también es otra de las expresiones importantes de este movimiento.

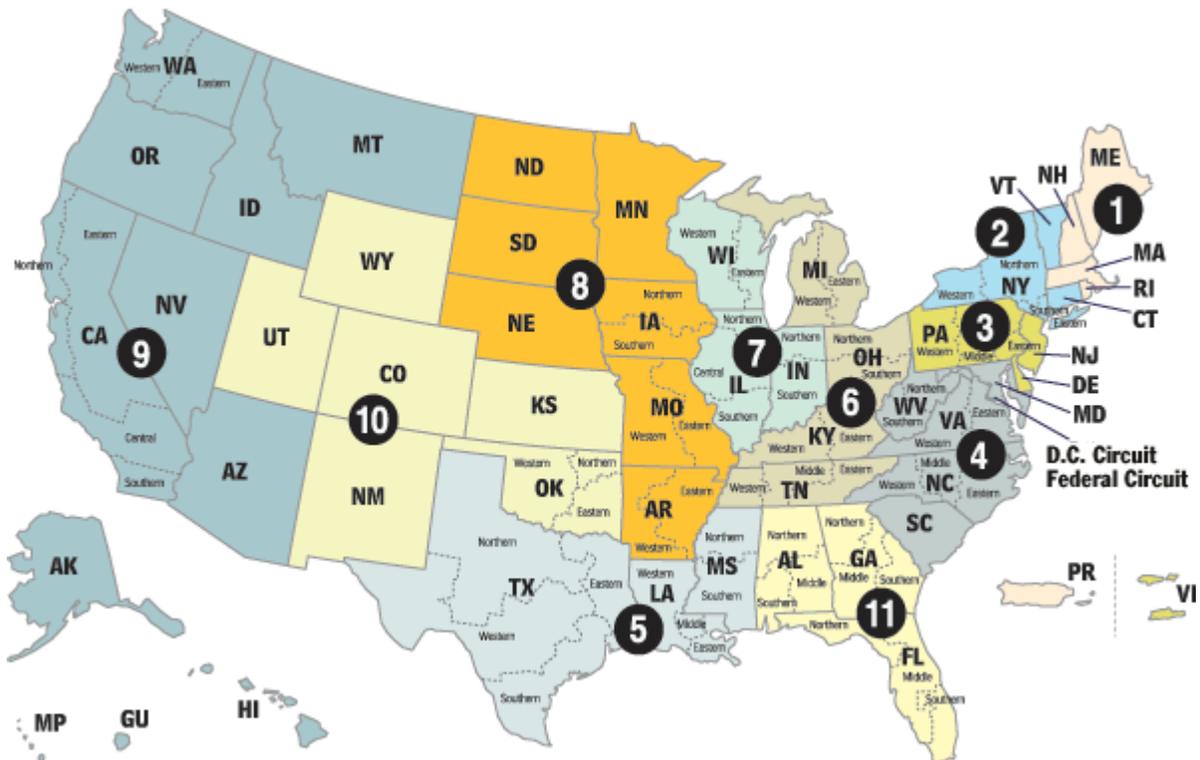


Figura 1. Mapa de las fronteras geográficas de las Cortes de Apelación de US y de las Cortes Distritales

2. La Justicia en Argentina

El Poder Judicial de la Nación es uno de los tres poderes de la República Argentina y es ejercido por la Corte Suprema de Justicia (CSJN) y por los demás tribunales inferiores que establezca el Congreso en el territorio de la Nación. Está regulado en la sección tercera de la segunda parte de la Constitución de la Nación Argentina de agosto de 1994.³²

La designación de los jueces la realiza el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado, sobre la base de una terna integrada por candidatos seleccionados en concurso público por el Consejo de la Magistratura, órgano de composición multisectorial, a quien corresponde el control directo de

³⁰ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business; 5th edition (1998).

³¹ Guido Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press (1970).

³² <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>

los jueces y la administración del Poder judicial. Los jueces permanecen en sus cargos "mientras dure su buena conducta" y sólo pueden ser removidos en caso de infracciones graves, por un Jurado de Enjuiciamiento, integrado por legisladores, magistrados y abogados (Art. 115).

De acuerdo con el artículo 116, corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes nacionales, salvo los que corresponden a la justicia provincial; y por los tratados internacionales; de causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de asuntos en que la Nación Argentina sea parte; de causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Dichas causas deben resolverse únicamente ante el fuero federal, actuando, en tal situación, la Corte Suprema de Justicia como tribunal de apelación, si fuese el caso. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina es el máximo tribunal de justicia de la República Argentina. Creada el 15 de enero de 1863, es el último tribunal habilitado para impartir justicia, es decir que sus fallos son inapelables. También decide en casos en los que se ponga en duda la constitucionalidad de alguna ley o algún fallo de tribunales inferiores. Puede, por ejemplo, declarar inconstitucional (pero no nula, pues su sentencia sólo es estrictamente obligatoria entre las partes en juicio) una ley aprobada por el Congreso Nacional si juzga que es incompatible con la Constitución.

Los requisitos para ser miembro de la Corte son ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio y tener condiciones requeridas para ser senador nacional (art. 111). Los miembros son elegidos por el Presidente con acuerdo del Senado y duran en su cargo mientras tengan buena conducta (art. 110). Sin embargo, la misma Constitución dispone (art. 99, inc. 4, párrafo 3º) la exigencia de un nuevo nombramiento una vez cumplidos los 75 años, por el plazo de cinco años, pudiendo ser renovado indefinidamente. Pese a ello, esta disposición no es de aplicación, en virtud de haberse reputado inválida su incorporación por la reforma constitucional de 1994 al fallar la Corte Suprema sobre la cuestión en el caso "Fayt" (1999).³³ En consecuencia, sus magistrados sólo pueden ser removidos de sus cargos por un proceso de juicio político, llevado a cabo en el Senado y exclusivamente bajo el cargo de mal desempeño de sus funciones.

Desde el 19 de junio de 2003, por decreto presidencial, todos los candidatos a integrar la Corte Suprema deben pasar una etapa de exposición pública que tiene que presentar el Poder Ejecutivo en los principales medios de comunicación de todo el país. El CV del nominado (o nominados) debe ser publicado y promocionado en el sitio web del Ministerio de Justicia y puede ser discutido por ONGs, asociaciones de Derecho, universidades, organizaciones de Derechos Humanos, y cualquier ciudadano que lo desee. Luego de un período de tres meses, el Presidente, sopesando los apoyos y rechazos a la candidatura, queda habilitado para presentar la nominación al Senado, que debe decidir si aprueba o no que la persona propuesta por el Presidente forme parte de la Corte, necesitándose una mayoría de dos tercios para dicha aprobación.

La renovación de la Corte Suprema de Justicia³⁴ durante los primeros años del gobierno de Kirchner, con la designación del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni en 2003, y de las Dras. Elena Highton de Nolasco y Carmen María Argibay en 2004, fue vista como un paso positivo que brinda más independencia al Poder Judicial y equilibra la Corte tanto ideológicamente como por género.

³³ Ver Antonio M. Hernández (h.), El Caso «Fayt» y sus Implicancias Constitucionales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artfayt>

³⁴ <http://www.csjn.gov.ar/>

El Consejo de la Magistratura en Argentina El Consejo de la Magistratura es un órgano constitucional multisectorial, a cargo de confeccionar las ternas de candidatos a jueces nacionales y federales, para su designación por el Presidente de la Nación en acuerdo con el Senado. El Consejo de la Magistratura tiene a su cargo también la administración del poder judicial, el control de la actividad de los jueces y la imposición de sanciones. En caso de causas graves es el organismo que abre juicio político para resolver sobre la destitución de los jueces ante el Jurado de Enjuiciamiento, ante el cual el Consejo de la Magistratura actúa como acusador.³⁵

Recientemente (2009), la vice-presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Elena Highton de Nolasco, presentó un mapa de situación que permite acceder con rapidez a datos existentes (y actualizados) sobre métodos de resolución alternativa de conflictos implementados en el Poder Judicial, a nivel nacional y local, y efectuar análisis y comparación de datos a fin de obtener un conocimiento integral de la situación, optimizar las experiencias llevadas a cabo hasta el momento y mejorar el servicio al ciudadano. Presenta una amplia gama de soluciones alternativas como arbitraje, conciliación, mediación, oficinas de atención al ciudadano, casas de justicia y oficinas de violencia doméstica, entre otras. Del relevamiento de la información surge que la mediación se ha implementado, con diferentes grados de desarrollo, en 21 jurisdicciones. Highton advirtió que a través del trabajo de los “jueces de paz y las casas de justicia se accede a modalidades específicas de cada jurisdicción, por medio de la lectura de la información y del acceso a material audiovisual”. El trabajo, según la ministra, posibilita tomar conocimiento de problemas crecientes como la violencia doméstica y la atención a la víctima. Al mismo tiempo, se busca avanzar hacia la descongestión judicial mediante el empleo de métodos alternativos. Este mapa puede ser representado a nivel nacional y para 4 jurisdicciones en el cuadro siguiente:

Corte Suprema de Justicia de la Nación República Argentina											
Comisión Nacional de Acceso a Justicia											
Modos de Acceso a Justicia											
Jurisdicciones	Mediación	Conciliación	Arbitraje	Casas de Justicia	Oficina Multipuertas	Oficina de Atención Permanente	Servicios Itinerantes (Jueces, abogados u otros)	Jueces de Paz	Oficina de Atención a la Víctima	Oficina de Violencia Doméstica	Otros sistemas
Nacional	●	●	●		●					●	
C.A.B.A.	●	●				●			●		●
Buenos Aires	●			●					●		●
Catamarca	●										
Córdoba	●					●		●	●	●	●
Corrientes	●	●						●			
Chaco	●	●	●			●		●	●		●
Chubut	●	●					●	●	●		
Entre Ríos	●	●				●	●	●		●	●
Formosa								●		●	●
Jujuy	●	●	●					●			
La Pampa			●								

³⁵ [http://es.wikipedia.org/wiki/Consejo_de_la_Magistratura_\(Argentina\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Consejo_de_la_Magistratura_(Argentina))

Hay una Comisión Nacional de Acceso a la Justicia con información por jurisdicción sobre las modalidades de acceso empleadas.³⁶ Mediante el buscador de fallos destacados se pueden descargar más de 200 fallos archivados en el Centro de Información Judicial que pueden ser utilizados a efectos comparativos con los fallos y apelaciones de la Justicia de US.³⁷

3. Comparación de la organización judicial entre la Argentina, US y la Unión Europea

Artana, Cristini y Urbiztondo (de aquí en más ACU), de FIEL, en un documento presentado en la XXX Reunión Anual de la AAEP,³⁸ señalan que en Argentina deben tenerse en cuenta las diferentes jurisdicciones territoriales involucradas, ya que como consecuencia de la organización federal, cada provincia tiene su propia Constitución y su propia organización judicial. Además, a nivel nacional existe un poder judicial federal que, junto con la administración judicial ordinaria de la Capital Federal, constituyen el Poder Judicial de la Nación. La estructura orgánico-funcional del Poder Judicial de la Nación comprende a los tribunales federales con asiento en la Capital Federal, tribunales federales de primera y segunda instancia con asiento en las provincias y a la totalidad de la Justicia Ordinaria de la Capital Federal. Esta última puede asimilarse en su función y a los efectos de este análisis, a la función de las administraciones de justicia provinciales.

En la Argentina, en teoría, los jueces tienen a su cargo buena parte de la investigación de la prueba y los abogados un papel menos importante que el que les cabe en US. El caso argentino se parece al continental europeo; por ejemplo, los jueces nombran a los expertos que deben resolver diferendos técnicos. Sin embargo, los magistrados argentinos no siempre realizan algunas tareas que sí hacen sus pares en otros países (incluso en US); por ejemplo, no atienden en forma exclusiva las audiencias de testigos o de partes.

En la justicia federal, existe la posibilidad de presentar quejas sobre el comportamiento de los jueces y el tribunal superior (Cámara o la Corte Suprema) se encarga de revisarlas, en un proceso que se parece al norteamericano, pero con la importante diferencia de que el último escalón en US lo conforman los consejos judiciales y no la Corte (que no participa en los procesos disciplinarios).³⁹ Es posible sancionar a los jueces con una multa reducida, prevención o apercibimiento pero no es posible suspender a un juez. Page menciona que las encuestas entre jueces muestran que las Cámaras no aplican muchas sanciones por la poca predisposición a criticar a otros jueces.⁴⁰ En los casos de faltas graves, la Corte Suprema en general ha seguido sugerencias de las Cámaras de pedir juicio político del magistrado cuestionado, mas el Congreso, en muchas ocasiones, no avanzó con la premura necesaria para resolver la cuestión.

En la Constitución de 1994 de Argentina se habilitó el Consejo de la Magistratura integrado por representantes de los partidos políticos, jueces, abogados y personalidades que tendría facultades importantes.⁴¹ Por ejemplo, tendría a su cargo la acusación a los jueces de primera y segunda instancia en los procesos de juicio político, e intervendría en las cuestiones de manejo

³⁶ <http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/cuadro.jsp>

³⁷ <http://www.cij.gov.ar/fallos-destacados.html>

³⁸ Daniel Artana, Marcela Cristini, y Santiago Urbiztondo, Un Análisis Económico del Poder Judicial en la Argentina, Río Cuarto, 1995 <http://www.aaep.org.ar/anales/works/works1995/Artana-Cristini-Urbiztondo.pdf>

³⁹ A diferencia de su similar de Argentina, la Corte Suprema de US realiza pocas tareas administrativas.

⁴⁰ Ver R. Page (Argentina. Judicial Infrastructure Project. Technical Analysis and Proposal, DPK Consulting, San Francisco, California, January 1994); M. Cavagna Martínez, R. Bielsa y E. Graña, El Poder Judicial de la Nación. Una propuesta de Reconversión, Ed. La Ley, 1994 y la Ley y Reglamento para la Justicia Nacional. Debe notarse el contraste con los países europeos; en Francia, por ejemplo, es posible suspender a un juez mientras dura la investigación.

⁴¹ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48231/norma.htm>

presupuestario y en el nombramiento de jueces. En Argentina existe una carrera judicial informal, pero no un sistema de nombramiento de jueces similar al de los países desarrollados. No existe un proceso de investigación previa como el que rige en US para la justicia federal, ni un período a prueba antes de obtener la inamovilidad como rige en Alemania.

Tampoco los jueces son evaluados en forma sistemática, ni siquiera por los camaristas. No existe un Código de Ética de los jueces, excepto lo normado en la Ley Orgánica de la Justicia Federal que sólo permite que los jueces tengan una labor como docente fuera del juzgado. Con respecto a la formación de los jueces, Cavagna Martínez et al. (obra citada n. 40) sostienen que en Argentina no es posible obligarlos a realizar cursos de capacitación.

En materia presupuestaria el poder judicial recibe por ley 3.5% de una parte de los ingresos tributarios más la recaudación por tasa de justicia. Esto permite financiar el gasto corriente, pero no el de capital que se discute año a año con el Poder Ejecutivo. Los sueldos de los magistrados federales parecen razonables en función de entrevistas realizadas con los jueces, aunque han existido períodos de bajos salarios. Por ejemplo, Page estima que un juez de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina percibe un sueldo anual del orden de US\$ 113.000 mientras que su par en US percibe un salario anual de aproximadamente US\$ 165.000;⁴² ajustados por diferencias en el PBI per cápita los sueldos que rigen en la Argentina son aproximadamente el doble de los americanos. Además, se ha reducido la rotación en los cargos de jueces, avalando que la posición se ha vuelto más atractiva que hace unos años.

ACU concluyen que el sistema argentino presenta varias falencias institucionales. A pesar de su similitud con el esquema continental europeo que pone el peso del sistema en los jueces y no en los abogados, existe un sistema de nombramiento de jueces menos exigente que el que rige en esos países; de hecho, puede afirmarse que aún el sistema americano es más cuidadoso por la investigación previa exhaustiva a que se somete a los candidatos. Tampoco existe una rutina de evaluación de jueces, ni siquiera en forma confidencial dentro del Poder Judicial. Además, la autarquía presupuestaria hace más difícil que los integrantes del poder judicial acepten que deben rendir cuentas en el sentido de minimizar los costos de llevar a cabo su labor.

Como en Argentina, en US no existe un único sistema judicial, sino que hay múltiples sistemas independientes uno de otro y que en algunos casos tienen facultades concurrentes. Cada uno de los estados americanos tiene una organización judicial propia y además existe la justicia federal, separada de las estatales. Existen rasgos comunes a los diferentes sistemas judiciales que rigen en los US. Por ejemplo, la organización interna es piramidal, con juzgados de primera instancia, cortes de apelación (en casi todos los estados) y una Corte Suprema. Además, la justicia es una rama independiente de las otras dos que integran el gobierno de cada estado o el federal.

En la mayoría de los estados y a nivel federal se acepta que los jueces puedan revisar la constitucionalidad de los actos de los funcionarios del Ejecutivo o de las leyes, ya que no existen cortes constitucionales especiales. Además, el cuerpo legal se integra con las normas aprobadas

⁴² En enero de 2010 el salario oficial de un Jefe de Apelaciones (Jefe) de US (en New York) fue U\$S 156,000, y para un Jefe Judicial de la Corte Suprema en Washington fue U\$S 164,221. Cabe mencionar que el nivel más elevado corresponde a Jueces Asociados de la Corte Suprema de California, con U\$S 218,237, y el más reducido a Jueces de la Corte Suprema de Montana, con U\$S 106,185 (datos del National Center for State Courts). En Argentina, según una nota de *La Nación* de octubre de 2007 (http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=955687), a 8 años de la sanción de la ley de ética pública, la Corte aceptó difundir el patrimonio de sus jueces. El salario se situó en el orden de U\$S 60,700. Ajustando por diferencias de PBI por habitante, esto implicaría un salario superior en un 74% al más elevado (California). En otros términos, las diferencias relativas estimadas por Page tenderían a mantenerse.

por el Congreso y por los fallos dictados en casos pasados que deben ser respetados por los jueces en las disputas futuras que tengan características parecidas (doctrina del *stare decisis*). (Es posible que los jueces reviertan un precedente, pero esto ocurre en raras ocasiones).

El proceso en US es contradictorio, confiando a los abogados buena parte de la tarea de facilitar la prueba. Los fallos de primera instancia pueden ser apelados, pero no se abren a nueva prueba sino que se revisa si el dictamen del juez de primera instancia es correcto. En la práctica, existe un bajísimo porcentaje de apelaciones en el área civil y uno relativamente alto en materia penal. Los juzgados estatales reciben la mayor parte de los casos. En 1992, según datos del National Center for State Courts⁴³ se presentaron 93 millones de demandas judiciales de primera instancia en la justicia local y estadual (44 millones si se excluyen los casos por violaciones a normas de tránsito) mientras que a nivel federal sólo se recibieron 278.000 casos civiles y penales, y algo menos de un millón de quiebras, mientras que se resolvieron alrededor de medio millón de casos menores manejados por jueces especiales (*magistrates*). El número total de apelaciones a segunda y tercera instancia es bajo, alcanzando menos de 300.000 casos a nivel estadual y alrededor de 50.000 a nivel federal. En 1992 había cerca de 28.000 jueces estaduais y alrededor de 1.000 jueces federales. Si bien se reconoce que la carga de trabajo de la justicia ha aumentado en las últimas décadas, no existe una opinión única respecto al grado de litigiosidad de US y a sus costos. A fines de los 1980s se realizaron propuestas basadas en diversos análisis que mostraban una explosión de casos civiles originados en siniestros, pero no existe coincidencia entre los autores académicos acerca de la veracidad de esta supuesta explosión en la litigiosidad de casos por daños ambientales, accidentes de tránsito, mala praxis médica y otros similares.⁴⁴

Argentina es uno de los países donde se inician más demandas por mala praxis en América latina, y 60% de los reclamos se concentran en Capital Federal y Gran Buenos Aires. El 32% de las demandas recae en los médicos y el 68% restante, en las instituciones médicas, incluyendo obras sociales y empresas de medicina prepaga. Los litigios crecieron en las últimas décadas: hasta 1953 sólo había 3 presentaciones de ese tipo en toda la historia judicial argentina, y en 1958 la cifra se elevó a 8. A partir de los 1960s la litigiosidad comenzó a incrementarse y en la actualidad, sólo en Capital Federal, se presentan alrededor de 550 demandas por mala praxis por año. Las *demandas* por mala praxis llegan a \$ 10.000 millones anuales, alrededor de 2.400 millones de dólares anuales al tipo de cambio oficial. Este monto representa 1% del gasto total en salud. En Argentina, según datos de la Dirección de la Asociación de Clínicas y Hospitales Privados de la Argentina (ADECRA),⁴⁵ el 20% de los 100.000 médicos matriculados en el país tiene una acción penal o civil por responsabilidad profesional. Según algunas estimaciones sólo el 20/25 % de las demandas promovidas por responsabilidad profesional tiene sentencia favorable. El costo total de

⁴³ Ver National Center for State Courts <http://www.ncsc.org/> (1994). Los datos para la justicia federal son del Informe Anual del Director de la Oficina Administrativa de los Tribunales de US de 1993.

⁴⁴ Ver, entre otros, Deborah R. Hensler, *Taking Aim at the American Legal System: The Council on Competitiveness's Agenda for Legal Reform, Judicature*, February-March, (1992) y G. Butler and B. Miller, *Fiddling while Rome Burns: A Response to Hensler, Judicature*, February-March, 1992, que tienen opiniones contrapuestas sobre el impacto del sistema legal americano sobre la competitividad de su economía; o P. Huber and R. Litan, *The Liability Maze*, Brookings, 1991, que destacan la importancia de algunos casos relacionados a la responsabilidad de las firmas ante los siniestros, y M. Galanter, *News from Nowhere: The Debased Debate on Civil Justice*, *Denver University Law Review*, October 1983:31: 4-71, para una visión más favorable del problema de la litigiosidad en US. Para una versión reciente, véase Than N. Luu, *What are the Costs of Litigation?*, Public Law Research Institute, 1993-2004, PLRI UC Hastings College of the Law, 200 McAllister Street, San Francisco. <http://www.uchastings.edu/public-law/docs/costs1.pdf> (abstract).

⁴⁵ <http://www.sentirypensar.com.ar/nota212.html>

la mala praxis médica equivale a unos 153 millones de dólares anuales.⁴⁶ Esto surge de sumar el monto total que se desembolsa en primas de seguros de responsabilidad civil para médicos y odontólogos, y las instituciones prestadoras, más los fondos solidarios y las erogaciones que deben enfrentar quienes no cuentan con seguros en los casos que deben enfrentar indemnizaciones o conciliaciones. El monto total de la remuneración de los abogados litigantes asciende a 18 millones de dólares anuales, que representa 20% del monto indemnizatorio y un porcentaje inferior al vigente en Estados Unidos donde alcanza hasta el 35% de la indemnización asignada al demandante. El tema de la mala praxis ha surgido reiteradamente en las discusiones y debates durante la reciente reforma del sistema de salud de US. Los médicos suelen tener que destinar cientos de miles de dólares anuales en seguros. La responsabilidad por mala praxis médica cuesta al sistema de salud de US más de 55.000 millones de dólares al año, fundamentalmente en prácticas médicas "defensivas" como pruebas y controles adicionales. Estos costos, que también incluyen gastos administrativos, pagos a demandantes y honorarios de abogados, representan un 2,4% del gasto anual en atención médica.⁴⁷

En la justicia norteamericana los juzgados de primera instancia, en general, no se especializan por fueros; tanto a nivel estadual como federal los jueces atienden casos penales y civiles. La excepción a nivel federal son los jueces de quiebras que resuelven sólo este tipo de casos comerciales. La mayor responsabilidad de los abogados en la organización judicial americana ha llevado a que éstos sean los que se especialicen por fueros, en lugar de los magistrados.

El nombramiento de jueces varía de un estado a otro, pero en general los magistrados estaduales no tienen el puesto asegurado de por vida, como ocurre con los jueces federales que atienden los casos civiles y penales. El resto del poder judicial lo integran los fiscales públicos y la defensa de los pobres, a cargo del estado. El financiamiento del presupuesto varía de un estado a otro, aunque, en general, los gobiernos locales contribuyen a financiar el poder judicial de su estado. Las tasas judiciales tienen un papel menor y en ningún caso (estado o gobierno federal) existe una asignación específica de recursos presupuestarios para el poder judicial, sino que el presupuesto se discute cada año junto con el resto de las necesidades de gasto público.

España La organización actual del Poder Judicial corresponde a la Constitución Española de 1978. La reciente reorganización política española dio lugar a la modernización de algunas de sus instituciones judiciales tradicionales. Los Tribunales de Justicia están organizados por fuero, aunque muchos de ellos tienen jurisdicción múltiple. El sistema judicial se organiza en municipios, partidos judiciales (integrados por uno o más municipios limítrofes de una misma provincia), provincias y Comunidades Autónomas y dentro de estos diversos ámbitos ejercen su jurisdicción órganos unipersonales denominados Juzgados y órganos colegiados, compuestos de varios Magistrados denominados Audiencias y Tribunales. Los órganos unipersonales incluyen juzgados de paz que se encargan de procesos de menor cuantía, juzgados de primera instancia, de instrucción y en lo penal (civiles y penales, especializados o múltiples), juzgados de lo social y de lo contencioso administrativo, juzgados de menores y de vigilancia penitenciaria. Los órganos colegiados son las audiencias provinciales (de segunda instancia civil y penal), los tribunales superiores de justicia (relativos al derecho de las Comunidades Autónomas), la Audiencia Nacional (que entiende en delitos penales graves, drogas, extradiciones, recursos contra la administración central y otros) y el Tribunal Supremo que atiende los recursos extraordinarios de casación y revisión. El Presidente del Tribunal Supremo es la primera autoridad judicial. En línea con Francia y Alemania, España instituyó un Tribunal Constitucional, fuera de la justicia ordinaria,

⁴⁶ Federico Tobar, Economía de la mala praxis médica en la Argentina, Revista Médicos, XXXVIII. http://www.revistamedicos.com.ar/numero38/columna_tobar.htm

⁴⁷ Fuente: Escuela de Salud Pública de Harvard.

como intérprete supremo de la Constitución atendiendo los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. En España el Ministerio de Justicia es el encargado de proveer a los Juzgados y Tribunales de los medios de personal, materiales y económicos para el desarrollo de sus funciones. En este país, no se vincula la independencia judicial con la autarquía financiera. El órgano de gobierno del Poder Judicial es el Consejo General del Poder Judicial. Entre sus funciones se encuentra la de proponer el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo, inspeccionar juzgados, formación, régimen disciplinario y nombramiento de jueces.

En una evaluación del funcionamiento de la administración de justicia en España⁴⁸ se indica que entre 1983 y 1990 el número de demandas ingresadas al sistema judicial aumentó 47%; se observa un aumento de las apelaciones, sobre todo en casos civiles; desde 1988, hubo una reducción de 15% de las sentencias dictadas por los organismos de primera instancia; se manifiesta una desobediencia a las resoluciones judiciales en el cumplimiento del pago compensatorio a la parte ganadora y una creciente necesidad de decretos de ejecución de la sentencia; se registra un aumento del gasto público destinado a la administración de justicia como participación del PBI del 0,16% al 0,26% entre 1982 y 1991; es relativamente bajo el número de juzgadores, pero no de empleados judiciales (favorecidos por un régimen laboral muy generoso); un aumento de la demora en la resolución judicial de conflictos; elevado costo de representación legal, con descontrol del gasto público que atiende el beneficio de justicia gratuita.

Como se desprende de las breves descripciones anteriores los dos sistemas usados en este estudio comparativo presentan aspectos considerados críticos en su gestión. Sin embargo, como se observa en el cuadro siguiente, la administración judicial local exhibe problemas mucho más acentuados, aún cuando la naturaleza de los mismos sea semejante:

	Principales Indicadores del Sistema Judicial ⁴⁹		
	US	Argentina	España
Causas cada 100.000 habitantes	14.500	5.800	10.300
Causas 1ª. Instancia/ Juez	1.416	900	1.479
Empleados/Juez	10,8	16,3	10,2
Presupuesto (% del PIB) ^a	0,31	0,65	0,26
Presupuesto/Causa Iniciada ^b	451	760	287
Presupuesto por Juez	550.000	519.000	354.000
Presupuesto/Planta (inc. Jueces)	46.300	31.380	31.790
Presupuesto/Planta aj. por PBI por habitante	46.300	92.300	57.900

^{a, b} US 1990; Argentina 1992; España 1991

Primero, y con respecto a la demanda por solución de pleitos a través de la administración pública de Justicia, Argentina presenta un grado de litigiosidad que es un tercio del de US y un poco más de la mitad del de España. Mientras en US se aduce que la "explosión" de litigiosidad se vincula a la defensa de nuevos derechos como los del medio-ambiente o los factibles de acciones de grupo

⁴⁸ Santos Pastor Prieto (Ah de la Justicia. Política Judicial y Economía, Ed. Civitas, 1993) desarrolla un enfoque para el caso español con numerosos puntos de contacto con el del estudio de ACU en el abordaje del análisis del caso local. Algunas obras de este autor pueden ser accedidas en http://works.bepress.com/santos_pastor_prieto/

⁴⁹ En Argentina se incluye el Poder Judicial Nacional y el de las provincias. Se excluyó el fuero de Seguridad Social. En US se computan los tres niveles de gobierno pero se excluyen las causas por violaciones a las leyes de tránsito. En base a entrevistas y únicamente para calcular el número de causas por juez se supuso que los magistrados americanos dedican 15% de su tiempo a resolver casos de tránsito.

(*class actions*), en España el grado de litigiosidad ha aumentado a la tasa de 5% anual entre 1983 y 1990 partiendo de un nivel relativamente elevado respecto del resto de los países de la UE. En Argentina el índice de casos por habitante es comparativamente bajo para el país. En cuanto a la dotación de recursos humanos de la administración pública de Justicia para atender esta demanda hay notorias diferencias. Tanto en España como en US los jueces atienden 50% más casos que en Argentina y además, en ambos países lo hacen con una dotación de personal por juez similar y que es aproximadamente 60% de la dotación de personal por juez local.

Los recursos financieros aplicados a la administración de justicia son nuevamente semejantes en US y España como porcentaje de su Producto Bruto Interno. En comparación, Argentina destina el doble de su PBI a la organización de su sistema judicial.⁵⁰ Nótese que podría argumentarse que parte del costo público de la organización judicial constituye un costo fijo ineludible para todos los países y que por lo tanto, a menores niveles de desarrollo corresponderían mayores participaciones del gasto en justicia en el PBI. Esto invalidaría en parte la comparación anterior. Sin embargo, en primer lugar, estos costos fijos no serían de gran magnitud (probablemente se correspondan con los de la organización de la Corte Suprema y parte de la justicia penal), y en segundo lugar, la relación del gasto público judicial por causa refuerza la idea de un exceso de gasto o falta de eficiencia en el caso argentino. En efecto, Argentina gasta el doble por cada causa ingresada al sistema judicial que US y casi el triple que España.

Si se mide el gasto público por juez, en promedio, en Argentina un juez recibe el 65% de la carga de trabajo de los otros dos países pero el indicador de referencia es tan sólo un 10% inferior al gasto por juez en US y un 40% más de lo asignado en el sistema español. Nótese que en los tres casos la mayor parte del presupuesto está integrada por salarios (65% en US, 80% en España y 70% en Argentina), por lo que una comparación más precisa debería tomar en cuenta la diferencia salarial entre países para esa proporción del gasto. Este efecto es particularmente importante cuando el indicador utilizado es el presupuesto por agente judicial. Para ese indicador, el valor en Argentina es muy semejante al de España y un 62 % del de US. Sin embargo si se practica una corrección por la diferencia de PBI per cápita para llevar el indicador a un nivel comparable con el de US se obtiene que, en Argentina, el gasto duplica aproximadamente al de ambos países. En síntesis, el mayor gasto que la sociedad argentina destina a la administración de justicia como proporción de su ingreso, no encuentra sustento en su nivel de litigiosidad y exhibe resultados de gestión más pobres que los de los otros dos casos analizados.

En términos económicos, y dado un contexto legal determinado, la resolución de conflictos en sede judicial debería alcanzar un nivel de calidad adecuado, al mínimo costo posible. Diversos elementos definen la calidad: pocos errores en las sentencias de los magistrados, demoras razonables, representación legal profesional. Los costos que la organización del sistema judicial debe minimizar sin perjudicar el logro del primer objetivo son los presupuestarios y los que incurre el sector privado para poder acceder a la justicia (por ejemplo, honorarios de abogados y expertos). La forma en que se organiza el sistema legal de un país puede influir para obtener un resultado eficaz; en general, puede existir un conflicto entre calidad y costos, pero también es posible que un esquema mal organizado sea, a la vez, caro y deficiente.

Sintetizando una realidad mucho más compleja, existen dos formas extremas de encarar este problema: a) el sistema americano contradictorio, en el que los abogados de cada parte tienen un papel muy activo en el proceso de investigación del caso y donde, a su vez, predomina la tradición

⁵⁰ El sistema americano asigna mayores funciones a los abogados, y podría justificarse un menor gasto presupuestario como porcentaje del PBI que en el caso argentino. Sin embargo, este argumento no puede extenderse al caso español. En el caso chileno, por ejemplo, el presupuesto judicial alcanza 0,25% del PBI.

del "common law" que atribuye a los jueces un rol parcial de legisladores al permitirles crear precedentes en la resolución de casos concretos que tienen valor de ley para juzgar conflictos en el futuro; y b) el sistema europeo continental que se caracteriza por un papel preponderante del juez en la investigación de la prueba y donde los códigos y las leyes son la fuente que cada magistrado debe tomar como marco de referencia para sus decisiones.

El sistema del precedente tiene la ventaja de ser más flexible para resolver casos puntuales, mientras que el de códigos tiende a estandarizar más la solución.⁵¹ En la práctica, existen excepciones a la norma general. Por ejemplo, en US en las últimas décadas se ha utilizado con mayor frecuencia el dictado de estatutos o leyes del Congreso que tienden a acotar la solución posible para casos similares.⁵² Por su parte, en Argentina, que ha adoptado el criterio continental europeo, existe una doctrina que surge de la interpretación de las leyes cuando éstas no tienen una especificidad absoluta y que puede servir como antecedente para que los jueces resuelvan conflictos en el futuro.

El sistema americano, como se dijo antes, tiene otra diferencia importante con el continental europeo. Delega en los abogados la tarea de investigación de la prueba y de proveer los peritos, en lugar de asignar esta responsabilidad a los jueces. Puede afirmarse entonces que, para resolver los conflictos, un régimen contradictorio hace un mayor uso del mercado de representación legal, mientras que un sistema inquisitivo como el argentino confía más en los funcionarios públicos (jueces).

En síntesis, es posible identificar las siguientes características de la administración de justicia:

1. La administración de justicia debe ejercer la tutela del derecho al menor costo posible. Es decir, una vez establecidos jurídicamente los derechos de propiedad y de las personas, por ejemplo, su efectiva vigencia depende de que los mismos sean efectivamente defendidos. Dicha defensa debe ser practicada de la forma más eficiente posible, ya que de esta manera se logran dos objetivos: (i) se reduce el costo directo de recursos destinados a la solución de conflictos existentes; y (ii) disminuye la ocurrencia misma de dichos conflictos por el efecto de disuasión ejercido.

⁵¹ Posner ha sugerido que los jueces americanos tienden a resolver los conflictos de modo de maximizar la eficiencia económica porque entienden que su papel no es distribuir ingresos sino ayudar a crear un marco adecuado para el crecimiento económico. Rubin sostiene que la tendencia hacia la eficiencia del sistema de common law se produce porque el sector privado litigará más las resoluciones ineficientes de los jueces. Esta interpretación vuelve a poner un peso mayor en los letrados en la resolución de los conflictos. Ver R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Little, Brown & Company, 1992, y Paul H. Rubin *Why Was the Common Law Efficient?* Emory Law and Economics Research Paper, SSRN, January, 2004. http://business.baylor.edu/Charles_North/4318Files/4318Rubin1977.pdf Hayek, en 1973 en su obra *Law, legislation and liberty*, Chicago IL: The University of Chicago Press, http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=12474&Itemid=0 si bien escribió antes que el movimiento de Law & Economics, había argumentado que el derecho común o el hecho por los jueces era mejor que la ley estatutaria. Posner, posteriormente, reforzó este argumento. Sus argumentos están basados en el examen de doctrinas legales determinadas (Rubin los llama argumentos "micro" de eficiencia). Los modelos evolutivos fueron diseñados para encarar esta eficiencia micro. Una literatura más reciente utiliza métodos empíricos para comparar a los distintos sistemas legales. En general, esta literatura también encuentra que el derecho común es más eficiente que otras formas. Rubin lo llama el argumento "macro" de eficiencia. En definitiva, se trata de un argumento hayekiano, basado en la idea de que, en los sistemas de derecho común, los gobiernos tienen menos poder que bajo otros sistemas. Sobre este punto se volverá más adelante.

⁵² V. Bruce H. Kobayashi and Jeffrey S. Parker, *No Armistice at 11. A Commentary on the Supreme Court's 1993 Amendment to Rule 11 of the Federal Rules of Civil Procedure*, *Supreme Court Economic Review*, Vol. 3, 1993. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1069873

2. El mercado de justicia tiene la particularidad de que los individuos acceden a él por medio de un representante legal. Así, surgen potenciales problemas de agencia,⁵³ caracterizados por la existencia de asimetrías informativas y objetivos divergentes entre clientes y representantes legales. La asimetría informativa consiste, por un lado, en que el representante legal tiene en general mejor conocimiento que su cliente sobre el mérito del caso que representa y sobre la conveniencia de distintos caminos de negociación en cada una de las etapas del conflicto. Por otro lado, la calidad de la representación legal (suponiendo que las decisiones tomadas en las distintas etapas del conflicto hayan sido las correctas) no es fácilmente observable por el cliente. La divergencia de objetivos existe debido a que las distintas formas de resolución no maximizan simultáneamente el beneficio del cliente y el honorario del profesional.⁵⁴

3. El acto de demandar judicialmente es un proyecto de resultado incierto. Siempre existe, aún con total conocimiento del mérito del caso, una posibilidad de que el fallo judicial difiera de lo estrictamente justo. Adicionalmente, el riesgo que conlleva esa acción se ve afectado por la forma de asignación de las costas del juicio. Así, por ejemplo, si los costos de representación legal de ambas partes litigantes son soportados por la parte perdedora en el litigio, el riesgo enfrentado al demandar es mayor que el correspondiente al caso en que cada parte financia su propio costo de representación profesional (básicamente porque en este último caso disminuye la diferencia entre ganar y perder, es decir, el monto neto que está en juego en la demanda).

4. El grado de competencia en el mercado de representación legal se ve afectado por los requerimientos impuestos a los profesionales. Si bien es cierto que la asimetría informativa referida y la diversa calidad de los abogados impide que se trate de un mercado perfectamente competitivo (donde el costo de representación legal sería igual al costo de la tarea llevada adelante por el abogado en un mercado desregulado), el grado de competitividad puede verse más reducido aún si las condiciones de ingreso al mismo son restringidas por leyes que regulan las profesiones involucradas creando barreras a la entrada. En rigor, se trata de un mercado no disputable con costos de entrada significativos, pese a lo cual es posible que se verifique un resultado aproximadamente competitivo.⁵⁵

En este contexto, es necesario analizar diversos aspectos. La eficacia relativa de una solución "de más mercado" con relación a una alternativa de mayor injerencia pública es un primer tema a discutir. Si se confía más en el Estado (como ha hecho la Argentina al delegar en el juez buena parte de la tarea de investigación de la prueba y la designación de los peritos), debe evaluarse en primer lugar si ello exige una tarea más cuidadosa en la selección de los magistrados y cuáles son los incentivos que éstos tienen para desempeñar su labor en forma eficiente. El problema que aparece recurrentemente en la literatura es el posible conflicto entre la motivación de los jueces para realizar su labor a un costo razonable y la independencia del Poder Judicial.

A su vez, cuando los agentes económicos enfrentan un litigio y deben recurrir a un abogado debe notarse que la prestación de servicios legales se caracteriza por una oferta atomizada (aunque en

⁵³ [http://en.wikipedia.org/wiki/Agency_\(law\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Agency_(law))

⁵⁴ Ejemplo de divergencia de objetivos entre el abogado y su cliente: Un cliente se presenta a su abogado aduciendo que un tercero no respetó una cláusula de un contrato celebrado entre las partes. La redacción poco precisa del contrato, sin embargo, no permite interpretar el hecho como una violación del mismo. La probabilidad de obtener un fallo positivo es muy baja, casi nula. Si el abogado aconseja no litigar, el resultado para su cliente será el de ahorrar el costo legal de su representante y el de la otra parte. Pero en este caso su abogado obtendrá honorarios casi nulos, en particular muchísimo menores que los regulados aún en el caso de perder el juicio, sobre todo si el monto de la demanda es significativo.

⁵⁵ Este tipo de mercado está tratado en el Capítulo IV.

algunos países existen regulaciones a la entrada o sobre honorarios) y que pueden distinguirse al menos dos problemas eventuales que pueden existir para que el mercado libre dé lugar a una solución eficiente: a) Los abogados invertirán demasiados recursos en el proceso de prueba para probar los argumentos de su parte; la alternativa de concentrar esta tarea en el juez evita este derroche porque el magistrado sólo procura encontrar la evidencia necesaria para resolver el caso de la manera correcta. b) Existe una asimetría de información entre el cliente y su abogado (el letrado conoce mejor la legislación y, por lo tanto, la probabilidad de ganar el juicio) que le permite maximizar sus intereses y no los de la parte que él representa; por ejemplo, podría prolongar innecesariamente el pleito para cobrar más honorarios si factura por hora trabajada, o negociar un honorario más alto argumentando que el caso es más difícil de ganar cuando, en realidad, es relativamente sencillo. El primer argumento, expuesto de esa manera, no es muy defendible desde el punto de vista económico porque su extensión a otros campos significaría que la economía centralmente planificada permitiría ahorrar costos en relación al mercado libre. En realidad puede argumentarse para el caso concreto de la prueba en un proceso judicial que la información que una parte tenga incentivo a retacear, será provista por la otra.

Por ello, es más relevante analizar eventuales problemas en el proceso de selección de expertos⁵⁶ en un mundo donde no existe información perfecta. No debe olvidarse que, muchas veces, el juez debe tomar una decisión acerca de un tema cuya resolución exige la opinión de un tercero (el perito). Al magistrado, por el carácter técnico del tema, puede resultarle difícil precisar si existe un sesgo en la opinión del perito que tiende a favorecer a una de las partes en disputa.

Para resolver este problema existen nuevamente dos alternativas extremas: crear un cuerpo de peritos del Estado, confiando en la burocracia pública; o recurrir a expertos privados. En este último caso, el juez puede ejercer un control más estricto del mercado, si designa directamente los peritos, o tener un papel más pasivo, en el caso en que cada parte seleccione libremente a su experto.

También existen en este caso problemas de asimetrías de información y de calidad del testimonio, y se puede confiar o no en la reputación de los peritos como un incentivo a que no sesguen demasiado su opinión. En Alemania, por ejemplo, los jueces tienden a repetir los mismos expertos utilizados en casos anteriores; esto crea un flujo de ingresos para los que actúan en forma eficaz, que se pierde si el magistrado deja de contratarlo porque está disconforme con su desempeño. En España también el magistrado nombra a los expertos según su criterio. Este esquema podría criticarse porque fomentaría una eventual connivencia entre el juez y el perito. Sin embargo, el sistema alemán acota este problema al permitir que se aporte nueva evidencia (incluso la opinión de otros expertos) en el proceso de apelación. Sin embargo, es evidente que este sistema tiene costos adicionales, en relación a la alternativa más usual de limitar la revisión de los jueces de segunda instancia a leer el caso preparado por el de primera instancia y a opinar sobre los fundamentos de la sentencia.

⁵⁶ Existe una opinión encontrada con el uso de expertos dentro del sistema legal, según la cual éste debería descansar en mayor medida sobre la evidencia estadística. Un sistema legal debería ser cuidadoso con el juicio de los expertos, dado que éstos cometen errores cognitivos que es posible predecir. Como cualquier otra persona, los expertos tienen tendencia a cometer torpezas en cuestiones que implican riesgo, algo que ha sido detectado para médicos, cuyas predicciones suelen estar sesgadas de modo significativo en dirección al optimismo. William L. Meadow and Cass R. Sunstein, en *Statistics, Not Experts* (U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 109, Dec. 2000) presentan nueva evidencia acerca de que los juicios de los médicos individuales sobre los estándares de cuidado y precaución habituales son incorrectos y excesivamente optimistas, lo cual tiene implicancias legales con referencia a la determinación de negligencia. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=14413&Itemid=0

Se ha argumentado que el sistema contradictorio, en el cual los abogados eligen a los peritos, da lugar a un derroche de recursos porque cada parte tiene incentivos a contratar expertos que avalen su posición, mientras que un magistrado a cargo de la investigación buscará técnicos imparciales.⁵⁷ Sin embargo, suponiendo que se penaliza el perjurio, trabajos más recientes no encuentran diferencias teóricas entre ambos sistemas, aún en los casos en que existe información imperfecta. O sea, el juez o eventualmente el jurado, podrá llegar al fallo correcto aún a pesar de que el experto de cada parte brinde evidencia favorable, *pero no falsa*, en favor de la posición de su cliente. Además, se menciona que cuando se recurre en US a árbitros y se necesita una opinión técnica, en general, cada parte elige su experto. Si este sistema fuera tan nocivo, los litigantes con intereses contrapuestos delegarían la elección de peritos en el propio árbitro.⁵⁸

También debe mencionarse que la investigación de la prueba, a cargo de los abogados en US, se ha regulado de modo tal de obligar a brindar toda la información relevante a la otra parte antes del juicio. A su vez, el juez toma un papel un poco más activo para limitar la búsqueda. Estas regulaciones respetan el libre funcionamiento del mercado y pueden asemejarse a las regulaciones de calidad o ambientales que se imponen a la fabricación de bienes y servicios para proteger a los consumidores o atenuar posibles asimetrías de información.

El problema de la información asimétrica presenta otros inconvenientes.⁵⁹ En alguna medida es similar al que se observa en los mercados de otros servicios. En el caso de la salud también existe un intermediario (el médico) que conoce el problema mejor que el paciente y ello puede generar ineficiencias, aunque en este caso el contexto es más complicado porque se potencia el conflicto de intereses al existir un tercero (el seguro de salud) que se hace cargo de toda o una parte de la cuenta. Por ello, los servicios legales se asemejan más a otras prestaciones profesionales (por ejemplo, las relacionadas con la construcción) donde la calidad del servicio es difícil de determinar, sobre todo a priori y cuando la frecuencia de compra para la mayoría de las personas es baja. Para los bienes o servicios que se compran frecuentemente el problema de calidad es menos severo porque el proveedor enfrenta una pena potencial: que el consumidor repita su compra con un competidor. Esto puede exigir algún tipo de intervención pública o regulación (códigos de ética) que permita penalizar al profesional que abusó de un consumidor.⁶⁰

⁵⁷ V. p.ej. J. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, *The University of Chicago Law Review*. Vol. 52, 1985. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/536

⁵⁸ Ver L. Froeb and B. Kobayashi, *Competition in the Production of Costly Information: An Economic Analysis of Contradictorio versus Curt-Appointed Presentation of Expert Testimony*, George Mason University, Law and Economics Working Papers Series, Nro.5, 1993. Para llegar a este resultado los autores suponen que cada parte nombra un perito; si no fuera así el juez recibiría una información sesgada. Ver Jeffrey S. Parker and Bruce H. Kobayashi, *Evidence: General Economic Analysis*, *Encyclopedia of Law and Economics*, Boudewijn Bouckaert and Gerrit de Geest, eds. (Edward Elgar, 2000). http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/07-44.pdf

⁵⁹ http://en.wikipedia.org/wiki/Information_asymmetry

⁶⁰ En términos económicos para que la pena sea efectiva el oferente debe tener una cuasirrenta que perdería si se lo detecta defraudando al usuario. El valor actual de estas cuasirrentas es su reputación y lo incentiva a ofrecer la calidad prometida en la medida que la ganancia por violar lo pactado con el cliente que confió en él no supere el valor de su reputación. Para una discusión más extensa ver Benjamin Klein and Keith B. Leffler, *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*, *Journal of Political Economy*, Vol. 89, No. 4 (Aug., 1981), pp. 615-641. http://bpp.wharton.upenn.edu/waldfogj/987/readings/klein_leffler.pdf En un mercado no competitivo las rentas extraordinarias juegan un papel similar. A largo plazo, como el mercado es disputable, la entrada de nuevos oferentes y la necesidad de ofrecer calidad hará que las rentas se disipen a través de inversiones específicas que se recuperan sólo si se continúa prestando el mismo servicio. Esto da lugar al flujo de cuasirrentas citado.

A pesar de que los problemas de calidad del servicio no parecen tan graves como para justificar un papel preponderante del Estado, los países continentales europeos y la Argentina (quizás en menor medida) han elegido un sistema donde el juez tiene un rol central y el abogado uno más acotado que en el sistema americano. Una explicación posible de esta regularidad se encuentra en la calidad diferencial de la representación legal obtenida bajo el sistema de asignación de costas europeo y el americano. El sistema de asignación de costas americano, conjuntamente con la celebración de pactos de *cuota litis* (honorarios contingentes), genera un *alineamiento de intereses* entre abogados representantes y clientes, contribuyendo a atenuar los potenciales incentivos perversos de los primeros, al darles una participación tanto en los beneficios, como en los costos de litigar. En el sistema argentino de asignación de costas, similar al europeo, el representante del perdedor recibe un honorario regulado positivo, y, por lo tanto, no participa de los costos de su cliente. En este contexto, los abogados tienen un mayor incentivo a litigar, y a lograr que el pleito sea lo más costoso posible para que sus honorarios regulados sean también mayores.⁶¹ Así, resulta natural que se descansa en una solución burocrática cuando los incentivos del mercado no son los correctos. Por otro lado, desde un punto de vista más general, esta tradición europea más propensa a intentar diseñar un servicio público de excelencia se extiende también a otras áreas.

Cuando el Estado toma una participación activa se plantean inconvenientes para asegurar que los ejecutores del programa tengan incentivos suficientes a ser eficientes. En otras áreas del gobierno es posible recurrir a mecanismos de premios y castigos (incentivos monetarios atados al desempeño, promoción a funciones de mayor jerarquía, auditoría y control a cargo de otros entes públicos o poderes del Estado). Estos esquemas no siempre logran la misma eficacia que cuando se adoptan en el sector privado, en parte por la ausencia de un "dueño" efectivo. Además, el problema es más agudo en el Poder Judicial porque al introducir el concepto de independencia, sumado a la inamovilidad de los magistrados mientras se mantenga su buena conducta y a la intangibilidad de sus remuneraciones, se restringe la posibilidad de introducir incentivos factibles en otras áreas del Estado.

Esto ha llevado a diversos autores a explorar este problema. ¿Qué incentivos tiene un juez para ser eficiente cuando su puesto está asegurado de por vida si mantiene su buena conducta, su sueldo es inamovible (lo que lo inhibe de recibir premios por productividad) y cuando el control de los otros poderes del Estado se limita *ex-profeso* para facilitar la independencia del Poder Judicial?⁶² Un argumento basado en que los jueces actúan en función del interés público no es muy defendible y peca de ingenuidad. En general, si bien puede aceptarse que los individuos valoran otras cosas además de su ingreso monetario, no puede confiarse en que el buen funcionamiento de una institución de la importancia de la Justicia está asegurado porque todos

⁶¹ Existen elementos, como la reputación, que atenúan esta afirmación, pero los mismos no siempre están presentes para todos los representantes.

⁶² Ver por ejemplo Robert Cooter (Robert Cooter, *The Objectives of Private and Public Judges*, *Journal of Public Choice*, 1983: 41(1): 107-32) http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1136&context=robert_cooter, Richard Posner (Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th E., Little, Brown & Company, 1992) y Richard Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, *Supreme Court Economic Review*, Vol. 3, 1993) http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=13803&Itemid=0. Cf. Willard F. Entemann, *Judge Posner's Challenge to the Philosophy of Law*, Paideia. <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Law/LawEnte.htm> Cabe destacar que es particularmente difícil medir la productividad de un juez porque se interrelacionan diversos elementos tales como agilidad en las decisiones, contracción al trabajo, calidad del fallo, y la ética profesional y ciudadana.

sus integrantes son altruistas.⁶³ Por ello, se han buscado otras explicaciones más consistentes con el accionar de personas que actúan en función de sus intereses individuales. Por ejemplo, se ha mencionado el prestigio de la justicia como un elemento que brinda satisfacción a sus integrantes. Sin embargo, este argumento está expuesto a evidentes problemas de "oportunismo", porque cada integrante del poder judicial se beneficia si el resto actúa eficazmente aún cuando su esfuerzo personal sea mínimo, lo que proporciona un incentivo perverso a reducir la calidad. Por ello, son más eficaces los instrumentos que sirven para premiar el prestigio de cada juez individualmente. Como no es posible recurrir a premios monetarios se mencionan algunos en "especie": el prestigio entre sus pares y los abogados, una baja tasa de revocación de fallos por parte de tribunales superiores, si éstos son prestigiosos, o la carrera judicial.

La reputación entre los pares puede ser un incentivo eficaz en determinadas ocasiones, pero tiene el problema potencial de no premiar esfuerzos que mejoren la situación de todos los ciudadanos en la medida en que los objetivos de los magistrados como grupo o de los abogados difieran de los de la sociedad en su conjunto (incluyendo dentro de éstos la minimización de los costos de proveer una justicia eficaz). Posner (en su artículo de 1993) sostiene que un magistrado que se esfuerce más de lo usual sería mal visto por sus colegas, que podrían verse obligados a aumentar su propio trabajo. En este contexto, también se puede citar el "espíritu de grupo", mencionado por algunos magistrados argentinos como una posible explicación del escaso número de sanciones que aplican las Cámaras de Apelación de la Justicia Nacional a los jueces de primera instancia.

La revocación de fallos por un tribunal superior es un indicador imperfecto porque muchas veces no refleja una decisión errónea del juez sino una diferente aproximación al problema.⁶⁴ Otras alternativas posibles que darían incentivos a proveer un servicio de calidad adecuada consistirían en asegurar a los jueces en ejercicio un flujo de ingresos que les genere alguna cuasirrenta que perderían si son removidos del cargo. Las alternativas disponibles son sueldos atractivos o un sistema de retiro generoso como el que existe en US para los jueces federales.⁶⁵ Sin embargo, estos premios funcionarían como disuasivos sólo para los casos extremos de remoción y no para premiar el buen desempeño cotidiano.⁶⁶ La carrera judicial aparece como un premio importante si se la diseña contemplando este fin. En US se argumenta que es un incentivo parcial porque es aleatoria, mas en Europa parece que es más potente.⁶⁷

⁶³ Aún cuando la mayoría de los jueces fuera altruista, no puede diseñarse un marco institucional del Poder Judicial que pueda ser fácilmente abusado por la minoría, porque ello deterioraría el prestigio de toda la Justicia.

⁶⁴ Ver Posner (1993) para un argumento de este tipo, corroborado en entrevistas con jueces argentinos.

⁶⁵ Se retiran a los 65 años con 15 años de servicio recibiendo el 100% de su sueldo en actividad. Además, los jueces del artículo III de la Constitución no sufren descuentos jubilatorios en sus haberes, a diferencia de los magistrados o jueces de quiebras que tienen un status inferior.

⁶⁶ En la Argentina el régimen de retiros de los magistrados también es de "privilegio". La posibilidad de acceder al mismo se pierde si un magistrado es removido por juicio político, pero no si se retira para trabajar en el sector privado.

⁶⁷ Ver Cooter (R. Cooter, The Objectives of Private and Public Judges, *Journal of Public Choice*, 1983: 41(1): 107-32) http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1136&context=robert_cooter y Langbein (J. Langbein, The German Advantage in Civil Procedure, *The University of Chicago Law Review*. Vol. 52, 1985). Cohen (M. Cohen, The Motives of Judges: Empirical Evidence from Antitrust Sentencing, *Int. Review of Law and Economics*, 1992) menciona que, en la justicia federal estadounidense, aproximadamente 50% de los jueces de cámara nombrados en el período 1955-1980 fueron promovidos desde un juzgado de menor jerarquía, nacional o estadual. También debe mencionarse el documento de Stephen J. Choi and G. Mitu Gulati, A Tournament of Judges? *California Law Review*; SSRN, January 2004, que proponen un torneo de jueces en el que el ganador obtiene el premio de ser promovido a la Corte Suprema. Entre los criterios potenciales que podrían usarse mencionan las tasas de publicación de sus dictámenes, las citas de opiniones por otros tribunales, las citas por la Corte Suprema, las citas académicas, las tasas de disidencia,

De todas formas, existe bastante consenso, en particular cuando los jueces tienen asegurado el puesto de por vida, sobre la importancia de contar con una carrera judicial que premie el esfuerzo y, fundamentalmente, la presencia de un sistema eficaz de designación de magistrados.

Los países de Europa continental asignan gran importancia a la carrera judicial y al ingreso de magistrados. Así, en Alemania los candidatos a juez son propuestos por el Ministerio de Justicia en consulta con una comisión de jueces, y además deben rendir un examen especial (en general sólo se presentan los graduados con mejores notas en la universidad) y luego trabajan a prueba por un período de 3 años. Al finalizar el mismo, los evalúan los magistrados de mayor antigüedad, quienes revisan su actuación antes de confirmarlos en el puesto. También intervienen los jueces en la evaluación de los candidatos a ascender a cargos superiores, además de revisarse las demoras en los fallos y las reversiones de sentencias. En España, se puede acceder al cargo de juez por medio de un severo concurso de oposición de antecedentes, previa aprobación de cursos que dicta el Consejo General del Poder Judicial. Al tribunal examinador lo nombra este Consejo. También pueden acceder a juez los funcionarios judiciales, previa evaluación de sus méritos. La legislación establece que la planta de magistrados se integra con $\frac{2}{3}$ de personas nombradas por carrera y $\frac{1}{3}$ por concurso. Francia y Alemania evalúan el desempeño de sus magistrados cada año, con acceso de la opinión pública al proceso. Francia obliga a sus jueces a continuar su educación. En Alemania y US se acepta que las remuneraciones de los jueces sean atractivas. Esto es consistente con el importante número de interesados en acceder a la carrera judicial. Incluso en US, donde se confía más en el mercado legal que en la burocracia, los candidatos a jueces a nivel federal son investigados en forma exhaustiva por el FBI y de modo informal por la Asociación de Abogados. Además, se obliga a los jueces a hacer pública su situación financiera, y se regulan en un Código de Ética los ingresos permitidos por actuaciones fuera de la justicia.⁶⁸

Además de los incentivos que pueden brindar la carrera judicial y la revisión del proceso de nombramiento de magistrados, hay otros mecanismos de control del buen desempeño de los jueces en actividad. Por ejemplo, en US existe un control informal del resto de los jueces. En general, es el mecanismo preferido por los propios magistrados, pero se ha mencionado que su eficacia aumenta cuando el número de magistrados es bajo o cuando existe un proceso de control formal externo o con mayor participación de personas ajenas al Poder Judicial. Además, existen concejos encargados de auditar las quejas que se formulan contra los magistrados. Estos concejos existen en todos los estados de US y a nivel federal fueron creados en 1939 y están especialmente regulados por una ley de 1980.⁶⁹ La intención es potenciar el proceso de autorregulación de los jueces.⁷⁰ En US y España es posible procesar penalmente a un juez y

la velocidad de resolución de casos, las tasas de revocación por audiencias en banc y por el tribunal, etc. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=394700

⁶⁸ En realidad sólo se permite cobrar como docente o por derechos de autor.

⁶⁹ Ver Shaman (J. Shaman, *State Judicial Conduct Organizations*, *Kentucky Law Journal*, 1988) quien menciona que sólo dos estados tienen legisladores integrando el concejo. También señala que inicialmente los magistrados se oponían a la existencia de estos concejos, aunque la experiencia muestra que se ha respetado la independencia al integrarlos con jueces y permitir la apelación del fallo. Uno de los argumentos de los magistrados en contra de la creación de estos entes era que los casos de mal desempeño eran raros y podían ser controlados por un sistema de autorregulación; según Shaman, la experiencia indica que había más problemas que los previstos por los jueces.

⁷⁰ A nivel federal entre 1980 y 1991 se recibieron 2405 quejas, aproximadamente la décima parte de las esperadas. Casi todas las quejas fueron rechazadas por el Presidente de cada Cámara de Apelación; sólo 44 fueron elevadas al consejo judicial respectivo, resultando en 5 reprimendas, 1 juicio político y 3 retiros. Ver J. Barr and T. Willging, *Decentralized Self-regulation, Accountability and Judicial Independence under the Federal Judicial Conduct and Disability Act of 1980*, *University of Pennsylvania Law Review*, 1993.

condenarlo aún antes de que se concrete el juicio político. Además, existe el proceso formal de remoción de jueces. En la historia de US sólo hubo ocho juicios políticos a magistrados, aunque tres se concretaron en la última década. Esto revela el carácter de último recurso de este proceso y la necesidad de contar con mecanismos intermedios. Debe señalarse no obstante que 22 jueces acusados por la Cámara de Diputados renunciaron al cargo antes de que se iniciara el juicio político en el Senado.⁷¹ En muchos estados americanos que utilizan comisiones para nombrar jueces se obliga a los magistrados a validar en una elección la renovación de su mandato. Este proceso popular es criticado en donde se obliga a competir al juez con otro candidato porque ello plantea la necesidad de recolectar fondos para la campaña, pero es más aceptado para un magistrado que vence en su mandato.⁷² Alemania, España y Francia permiten la participación de personalidades que no sean jueces en el proceso disciplinario. En España, el Consejo General del Poder Judicial decide la remoción de jueces y otras sanciones como el traslado forzoso, suspensión o multas. Los integrantes de este Consejo son jueces con más de 15 años de antigüedad y juristas de reconocido prestigio.

En esta discusión existe un elemento implícito de indudable importancia que es el compromiso que existe entre independencia del poder judicial y responsabilidad de los jueces en el desempeño de sus funciones. Quienes apoyan la posición de una independencia absoluta avalan los procesos de autorregulación judicial. Sin embargo, la independencia del Poder Judicial no es un valor en sí mismo sino que existe para que los magistrados puedan administrar justicia. La mayoría de los especialistas tendería a coincidir hoy en que este objetivo debe alcanzarse en forma económica y expedita.⁷³ En otras palabras, la independencia de los jueces no exige la autonomía presupuestaria o la autorregulación de la conducta.

Es evidente que la Constitución americana ha valorado más que las de sus estados la independencia del Poder Judicial, porque en éstos no existe la inamovilidad de los funcionarios

Sugiero la lectura de Mira Gur-Arie and Russell Wheeler, *Judicial Independence in the United States: Current Issues and Relevant Background Information*, Federal Judicial Center. [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/JudIndep.pdf/\\$file/JudIndep.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/JudIndep.pdf/$file/JudIndep.pdf)

⁷¹ El juicio político en US es un proceso político dirigido al puesto y no al individuo (distinto es el caso inglés donde se apunta a la persona). Por ello se prevén sanciones políticas (pérdida del puesto, descalificación para ejercer otros cargos públicos), pero los jueces enfrentan el mismo proceso penal que cualquier ciudadano. A diferencia de la Argentina, no existe en US inmunidad penal para los jueces en ejercicio.

⁷² Nueva Jersey, a fines de los 1940s, es señalado como un ejemplo de drástica reforma judicial. Previamente la justicia era sospechosa de corrupción y politización. La reforma de 1948 es mencionada como el factor decisivo que permitió que este Estado hoy sea respetado por la calidad de su poder judicial. Es interesante destacar que Nueva Jersey no tiene comisión de la magistratura para nombrar jueces sino un proceso similar al argentino (nombra el gobernador con acuerdo del Senado). Las claves del éxito de la reforma que se mencionan son: un presidente de la Corte Suprema de aquel momento con liderazgo y decisión de reformar el sistema, el establecimiento del Código de Ética Judicial más severo de todo el país, un sistema de información interno que sirve como control de los jueces, la creación de una oficina de administración de la justicia que depende del Presidente de la Corte Suprema y el nombramiento de jueces por un período, sujeto a dos confirmaciones a cuyo término se le otorga la inamovilidad. Finalmente, en Nueva Jersey, como en otros estados americanos, no existe autarquía presupuestaria pues el Presidente de la Corte debe justificar anualmente sus demandas presupuestarias en el Congreso. Éste es otro control externo sobre el poder judicial.

⁷³ Russell Wheeler, *Origins of the Elements of Federal Court Governance*, Federal Judicial Center, 1992. [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/governance.pdf/\\$file/governance.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/governance.pdf/$file/governance.pdf) Según este autor la independencia de decisión es esencial pero no lo es la autonomía de operación. El problema aparece porque es difícil establecer una línea clara entre ambas.

sino que se los nombra por períodos limitados renovables.⁷⁴ Sin embargo, existen restricciones al libre funcionamiento de la justicia que se interpretan en forma favorable.

En primer lugar no existe ninguna asignación específica de fondos presupuestarios sino que el monto se discute cada año en el Congreso. El manejo del presupuesto es responsabilidad de la Oficina de Administración que desde 1939 pertenece al Poder Judicial, cuando se crearon los concejos judiciales a nivel federal. Además, hay trabajos que muestran que la justicia federal norteamericana ha sido influida por presiones externas, aunque en forma mínima, y ello es visto favorablemente por los autores al actuar como un control adicional de los jueces. En cuanto al funcionamiento óptimo de un sistema de representación legal y de asignación de costas, éste se logra si su organización permite el acceso a la justicia a todos aquellos individuos cuyos derechos han sido violados, siempre que el valor social de los recursos destinados a la resolución de sus casos sea inferior al beneficio social de dicha tarea.

En segundo lugar, la situación finalmente observada estará más alejada de ese funcionamiento óptimo cuanto mayores sean los costos de agencia, las barreras a la entrada al mercado de representación legal, y la aversión al riesgo de los individuos. En ese sentido, la forma de representación legal óptima minimiza la divergencia de objetivos entre clientes y representantes legales y no discrimina a los demandantes en base al riesgo que están dispuestos a tolerar (generalmente negativamente relacionado con su solvencia financiera). En la práctica, operan distintos sistemas de asignación de costos y organización profesional por país o grupo de ellos. Todos intentan cubrir los aspectos mencionados con distintos resultados.

Existen básicamente dos posibilidades extremas en lo que hace a la forma contractual de la representación legal: a) la regulación judicial de honorarios como porcentajes (dentro de una banda) de los montos demandados (y/o fallados), b) la libre contratación entre clientes y representantes legales, llevando a cabo pactos de *cuota litis* o contratando el servicio en base al número de horas de trabajo insumidas.

A su vez, estas dos alternativas extremas pueden tomar lugar bajo dos formas alternativas de asignación de costas: el sistema *americano*, por el cual cada parte (demandante y demandado) se hace cargo de los costos de su propia representación legal, y el sistema *inglés*, donde la responsabilidad de los costos de representación de ambas partes recae sobre la parte perdedora.

En US, el sistema vigente se denomina "regla americana", ya que cada parte asume sus gastos de representación legal y los honorarios son libremente pactados entre las partes. Por su parte, en España el esquema que rige en los hechos puede denominarse como "americano restringido", puesto que está prohibido en gran medida celebrar pactos de cuota litis y los honorarios profesionales (orientativos) están tabulados específicamente para cada tipo de tareas -casi siempre en forma independiente del monto del asunto- por parte del Colegio de Abogados.⁷⁵ Finalmente, el sistema vigente en Argentina puede asimilarse al "inglés", donde las costas del

⁷⁴ Posner (1992) sostiene que el Congreso valora la independencia del poder judicial porque así se asegura que las transferencias de recursos que se han concretado no serán fácilmente revertidas en el futuro. Esto aumenta el poder del Congreso para conceder estas distribuciones a favor de determinados grupos de presión. A nivel estadual, el potencial redistributivo está más acotado por la mayor movilidad de factores ya que quienes deben afrontar el costo de la decisión pueden emigrar a otras regiones; por lo tanto, los Congresos locales valoran menos una justicia independiente.

⁷⁵ En lo que respecta específicamente a la jurisdicción civil, sin embargo, se establece una tabla de porcentajes (fuertemente) decrecientes en función de la "cuantía de la materia litigiosa" (es decir, del monto de la demanda).

juicio recaen sobre la parte perdedora, permitiéndose -salvo en algunos casos- la celebración de pactos de *cuota litis*.

A partir de lo señalado, se concluye que hay básicamente cuatro formas estilizadas alternativas de contratación de la representación legal: (i) el sistema inglés regulado, donde las costas del juicio son reguladas por el juez y soportadas en su totalidad por la parte perdedora, (ii) el sistema inglés con *cuota litis*, donde la parte perdedora debe pagar los honorarios regulados del abogado del ganador pudiendo evitar el pago a su abogado a través de un pacto de cuota litis, y donde el abogado ganador puede asimismo recibir una participación en el resultado del proceso si hubiese convenido eso con su cliente,⁷⁶ (iii) el sistema americano restringido, donde cada parte se hace cargo de sus propios costos de representación legal tal como los regula el juez, y (iv) el sistema americano desregulado, donde cada parte es libre de contratar el costo de su representación legal con la estructura más deseada de acuerdo con su información sobre las probabilidades del éxito, su posición frente al riesgo, y las alternativas de competencia entre representantes legales.

Es conveniente centrar la atención en la comparación de las alternativas (ii) y (iv).⁷⁷ En ese sentido, las consideraciones hechas en la literatura en lo que hace al sistema inglés son que mejora el acceso a la justicia de quienes, estando seguros de que sus derechos serán reconocidos en el juicio, no quieren incurrir en costos de representación legal; impide que un sujeto sea sometido a quebrantos por costos de representación legal en defensa de demandas infundadas (como resultado de algún tipo de práctica predatoria); requiere la utilización del tiempo del juez para regular honorarios dentro del rango regulado; si la incertidumbre sobre el resultado final del juicio es alta (como producto de la complejidad del caso en cuestión, o bien de la pobre calidad resolutive del Poder Judicial), los individuos renuentes al riesgo pueden verse desincentivados a litigar judicialmente por miedo al posible costo "doble" de perder; además, y como efecto de la banda regulatoria, genera incentivos a los abogados a exagerar la dificultad del caso con el fin de lograr una regulación más alta.⁷⁸

En lo que hace al sistema de costas americano, la idea algo extendida de que el mismo restringe el acceso a la justicia de quienes no tengan disponibilidad de crédito sólo es válida en caso de que los honorarios estén regulados (con un nivel mínimo positivo), ya que, en caso contrario, siempre existe la posibilidad de negociar un honorario contingente (un pacto de cuota litis), eliminando en caso de pérdida la parte más significativa de los costos de litigar. Debe notarse que existe una infinidad de posibilidades sobre la forma de dicho contrato contingente: puede constar de un cargo fijo y un porcentaje fijo sobre el monto de la sentencia, un cargo variable sobre el monto de la sentencia, un menú de contratos alternativos, etc. El representado elige aquel contrato que cree más conveniente entre los que le son ofrecidos. La posibilidad de equivocarse es la misma que la existente cuando elige (de acuerdo a su calidad) a quién delegar su representación legal.

⁷⁶ Debe notarse que no es compatible el sistema de fijación libre de honorarios de representación con el sistema de asignación de costas inglés en lo que hace a la parte perdedora del juicio, ya que podría ocurrir que un demandante suficientemente seguro de su victoria en juicio celebre un contrato muy oneroso con su representante legal a sabiendas de que dicho costo será incurrido por la parte demandada. Es decir, al menos las costas incurridas por la parte perdedora deben ser reguladas por el Juez en el sistema inglés.

⁷⁷ Las alternativas i) y iii) no son discutidas por ACU, ya que son arreglos claramente inferiores a los otros.

⁷⁸ Si consideramos la alternativa (i), surgen dos problemas adicionales: los honorarios de representación pueden ser muy elevados en demandas importantes (por efecto del límite inferior de la banda regulada), y se acentúa el incentivo de los abogados para encarecer el proceso de representación.

Así, con libertad de contratación de honorarios contingentes, los efectos de este sistema sobre el acceso a la justicia son los siguientes:⁷⁹ evita (o disminuye) el problema de restricción crediticia (de los demandantes), ya que los servicios legales se financian con el producido de la acción judicial; ahorra costos de regulación del juez (y los transfiere a las partes); genera incentivos a litigar eficientemente (sólo cuando deba hacerse, y al menor costo posible); reduce la exposición al riesgo por parte de los demandantes; tiene la desventaja de que los individuos que procuran representación legal carecen de suficiente información sobre el valor esperado de su caso al ser presentado frente a la justicia, y que por lo tanto, son incapaces de evaluar la conveniencia de una u otra forma de contratación de los servicios legales; genera competencia entre los representantes legales, la que a su vez redundará en un beneficio social por la información sobre los costos de representación legal que brinda, contrarrestando la objeción planteada previamente.⁸⁰

También se ha argumentado que el sistema americano está más expuesto a la asimetría informativa en el mercado de representación legal. Cabe notar que dicha asimetría tiene tres aspectos distintos: 1) sobre la conveniencia de litigar el caso; 2) sobre la conveniencia del precio pactado; y 3) sobre la calidad de la representación legal. El sistema de asignación de costas americano es superior en aliviar la asimetría planteada en 1, porque el abogado internaliza, al menos parcialmente, el costo esperado de un fallo negativo. Por lo tanto, induce a litigar sólo cuando el beneficio esperado neto es positivo.⁸¹ Por otro lado, el punto 3 no encuentra en principio solución bajo ninguno de los sistemas analizados, aunque es cierto que los incentivos para lograr una alta calidad son mayores bajo el sistema americano. Finalmente, la desventaja potencial del sistema americano se encuentra en 2, ya que en principio un juez está en mejores condiciones para determinar el mérito del abogado representante y regular el precio de los honorarios en forma acorde (aunque, por otro lado, la regulación de honorarios *ex-post* significa la existencia de cierta aleatoriedad sobre su nivel final, y por ende afecta negativamente a individuos intolerantes al riesgo). Este problema, como se mencionó antes, sin embargo, puede reducirse bajo la regla americana en la medida que exista competencia en el mercado de representación legal, donde el abogado que ofrezca representar el caso a cambio del menor porcentaje será el elegido, y será quien así revele su mayor productividad (caso contrario se habrá equivocado en su evaluación profesional sobre el mérito del caso, ya que incurrirá en los costos pero no obtendrá beneficios). En síntesis, puede verse a partir de la discusión anterior que ambos sistemas de representación tienen ventajas y desventajas. En particular, el sistema americano de representación legal y de asignación de costas es preferible cuanto mayor sea la competencia existente en el mercado de representación legal, y si es posible penalizar las demandas "frívolas" con objetivos predatorios, llevadas adelante para obligar al demandado a incurrir en costos de representación legal.^{82,83}

⁷⁹ Ver T. Thompson, *Are Attorneys Paid What They're Worth? Contingent Fees and the Settlement Process*, *Journal of Legal Studies*. Vol. xx: 187-223, January 1991; y A. Mitchell Polinsky and Daniel L. Rubinfeld, *A Note On Settlements Under The Contingent Fee Method of Compensating Lawyers*, *Int. R. L. Ec.*, 22(2002). http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=13337&Itemid=0

⁸⁰ Es decir, aquel representante que considere que la probabilidad de éxito es alta y/o que crea poder lograr una sentencia favorable con el menor costo será quien ofrecerá el menú de opciones más conveniente y quien será finalmente elegido.

⁸¹ Posner (1992) señala las ventajas del pacto de *cuota litis* en lo que hace al mayor incentivo para el esfuerzo en la representación legal, ya que se "alinean" los intereses de clientes y representantes legales (el representante legal internaliza los beneficios y los costos de litigar). Además, hace mención a la reducción del riesgo soportado por el demandante como resultado de dicho tipo de contratación. Por otro lado, nota que aún cuando el honorario es libre entre las partes, el potencial perjuicio del cliente por la información insuficiente de que podría disponer puede ser aliviado por la potestad que tienen los jueces de modificar dichos acuerdos si los consideran excesivamente onerosos para aquéllos.

⁸² Esta cuestión es de suma importancia. En el caso norteamericano, las demandas frívolas son poco frecuentes porque un individuo que ha sido demandado sin mérito (al entender del juez) puede efectuar una

Dadas estas condiciones, la reducción del riesgo a que se expone a los participantes y el incentivo a litigar eficientemente (por parte de los representantes legales) generan un cambio positivo en la composición de las demandas judiciales: aumenta la participación de demandantes con causas justas al mismo tiempo que disminuye la reiteración de instancias cuando el resultado esperado por el representante legal (la parte mejor informada) es negativo.

En conclusión, se identificaron dos aspectos centrales al desempeño del poder judicial: el rol de los jueces y la fijación de honorarios en el mercado de representación legal. En el sistema argentino se asigna a los jueces un papel primordial en la investigación de la prueba y en la resolución de los conflictos. Los magistrados tienden a especializarse por fueros, y en el caso de la justicia federal, son inamovibles excepto por el mecanismo de juicio político. Sus remuneraciones son iguales para todo el país, e intangibles. La idea de independencia judicial vigente en la Argentina es extrema comparada con la experiencia internacional. La independencia de decisión no exige la autonomía presupuestaria o la autorregulación de la conducta.

En Argentina los mecanismos de control y sanción de jueces son menos exigentes que en otros países. Existe una carrera judicial informal, los requisitos de acceso son administrativos, y no hay evaluaciones sistemáticas. Por otra parte, la autarquía financiera no alienta a la eficiencia del gasto. Los costos privados de litigar también se comparan desfavorablemente para la Argentina. Parte significativa de ellos está constituida por los honorarios profesionales. La combinación de la regla de asignación de costas (inglesa) y la regulación por ley de los honorarios profesionales creó incentivos a elevar los gastos en juicio. Se tiende a litigar casos carentes de méritos y se complican o exageran diligencias para justificar regulaciones más altas.

La ley de honorarios vigente es imprecisa respecto del monto sobre el que se liquidan los porcentajes de la banda regulatoria, da prioridad al cobro de los abogados antes que su cliente y admite que los profesionales rompan pactos de cuota litis para cobrar los honorarios regulados. Una reciente reforma corrige sólo algunos de estos defectos, tratando de vincular el monto del honorario con la tarea realizada.⁸⁴

En resumen, el sistema judicial argentino es costoso, tanto presupuestariamente como en los gastos legales privados (honorarios de abogados y peritos). Existen además problemas evidentes de diseño institucional que crean un marco inadecuado para obtener un servicio de alta calidad.

4. Una visión general de esta obra: Parte 1

contrademanda requiriendo la restitución de sus costas, siendo incluso posible que las mismas deban ser devueltas por el abogado representante del demandante.

⁸³ También presenta ventajas cuando la probabilidad de error judicial es mayor.

⁸⁴ Estos problemas son particularmente alarmantes en el fuero laboral, ya que se combinan con el beneficio de litigar sin gastos que tienen los trabajadores por ley. En estos casos los demandantes tienen certeza de no incurrir en costos y aceptarán litigar con mayor frecuencia. La explosión de litigios por accidentes de trabajo es efecto en buena medida de este hecho. Los costos de litigar incluyen el pago de honorarios a los abogados, peritos, consultores de parte, incidentes y tasa de justicia. Una encuesta de FIEL de 1994 a estudios jurídicos indicó, entre otros efectos, que los honorarios profesionales (abogados más peritos) son mayores en el fuero laboral que en el civil y representan aproximadamente el 55% y el 38% de los gastos totales (indemnización al demandante más gastos legales). Estos resultados fueron confirmados por una encuesta a empresas. Asimismo, el % de los casos resueltos por medio de un fallo judicial -la forma más cara- (sin acuerdo previo entre las partes) en la Argentina parece ser 4 veces superior al observado en US, haciendo que el costo privado de resolución de conflictos sea un 16% superior en Argentina (a pesar de que el costo de resolución por fallo judicial es 25% inferior).

He dividido esta obra en dos partes. La Parte 1 tiene como título L&E Hacia Una Disciplina Científica. La Parte 2 se intitula Métodos Cuantitativos en L&E.

Dentro de la Parte 1 se intentará una reflexión sobre las interacciones existentes entre Derecho y Economía. Buena parte del tratamiento tiene que ver con el desarrollo de temas microeconómicos, aunque ciertos capítulos pueden ser leídos también con una visión de macroeconomista. Esta Parte 1 está formada por 20 capítulos. La Parte 2 es una introducción a cuestiones estadísticas necesarias para el abogado de esta maestría en L&E.⁸⁵

En el capítulo I (*Introducción al Análisis Económico*) son presentados algunos conceptos básicos utilizados en la ciencia económica, a continuación de lo cual será presentado el esquema propuesto por Jon Elster, que distingue entre diversos conceptos de leyes causales en ciencias sociales. Luego será analizada la conceptualización de una hipótesis en términos de verdadera, justificable o refutable, discutiendo los puntos de vista de Samuelson, Hutchison y Popper.⁸⁶ La obra de Lakatos, Kuhn, y Feyerabend es considerada a renglón seguido. Para acercar al lector de textos de economía a los problemas de metodología de la ciencia, se discuten brevemente los enfoques de Stuart Mill, Hutchison, Blaug, Milton Friedman, Caldwell, McCloskey y Hausman. A partir de aquí, hemos incluido una breve historia del pensamiento económico, que se inicia con Léon Walras, y a la que se da término con trabajos publicados a fines del siglo XX. Dos temas predominan en este análisis de la historia: la teoría del equilibrio general y los debates sobre la posibilidad de funcionamiento de una economía socialista, que informan gran parte de las discusiones económicas y jurídicas de la actualidad.

El capítulo II (*Introducción al análisis matemático de problemas económicos*) intenta presentar los conceptos matemáticos fundamentales para tener una aproximación adecuada de los problemas económicos, incluyendo nociones de derivada, límite, funciones, y algunos conceptos micro necesarios (elasticidad, ingreso marginal, etc.) que permiten demostrar distintos teoremas útiles en análisis económico. Usando ejemplos de la economía, nos acercamos a conceptos aplicables a funciones de varias variables (convexidad, funciones homogéneas y teorema de Euler, así como el análisis de los máximos y los mínimos de funciones de dos o más variables, distinguiendo, según lo usual, entre condiciones necesarias y suficientes, para concluir con el método de los multiplicadores de Lagrange, usado para resolver problemas de optimización). El capítulo incluye diversas aplicaciones de este análisis a la empresa competitiva que enfrenta precios dados de los factores y de su producto, a la empresa monopolista, al así llamado teorema de la adición, y a la teoría de la conducta del consumidor. Termina con la explicación de cómo resolver un sistema de ecuaciones lineales.

Los capítulos III (*Consumidores, demanda y excedente – Productores y oferta*) y IV (*Mercado, equilibrio y eficiencia*) están basados, en buena medida, en un libro de microeconomía intermedia de David Friedman,⁸⁷ complementado por ideas seleccionadas del libro de Hal Varian.⁸⁸ Los

⁸⁵ El libro no plantea dificultades matemáticas especiales. Los temas de análisis matemático son tratados en el capítulo II y los aspectos estadísticos son desarrollados en la Parte 2, capítulos I y IV.

⁸⁶ Gran parte de las referencias históricas del Tratado han sido extraídas de Wikipedia, una enciclopedia de internet de carácter libre y colaborativo, editada en diversos idiomas (el texto utilizado en esta obra es inglés o traducciones que he realizado a partir de estos artículos), cuyos artículos son producidos por una comunidad en la que existe una jerarquía (algunos editores tienen mayor control editorial sobre otros). Ver http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia#cite_ref-anyone_2-0. Otra fuente de información es el sitio <http://www.ebour.com.ar/> donde al 25 de abril de 2012 se habían registrado 140 documentos, 11514 links, 7448 autores, 375 instituciones, y 13070000 visitantes desde fines de 2004.

⁸⁷ David D. Friedman, *Price Theory: An Intermediate Text*, South-Western Publishing Co., 1986, 1990.

⁸⁸ Hal R. Varian, *Microeconomic Analysis*, W. W. Norton & Co.; 3rd Revised edition (1992).

temas de mayor interés directo de la maestría en Derecho y Economía comienzan a aparecer con el tratamiento de la Curva de Laffer. De ahí pasamos a la noción de competencia como proceso dinámico, emparentada con la escuela austríaca de economía. Luego apreciaremos el equilibrio del monopolio en la versión que llamaremos *clásica*, por oposición a la versión de la teoría de los *mercados disputables*. Una extensa sección nos permite abordar el problema del *monopolio natural*. Terminamos presentando el problema del oligopolio, la discriminación de precios, la competencia monopolística, la competencia del oligopolio bajo la modalidad de Bertrand, los problemas estratégicos que se plantean bajo el oligopolio, y el monopsonio. Se pone término a este capítulo presentando los aspectos básicos de lo que análisis económico suele caracterizarse como un equilibrio *eficiente*, que desempeña un rol tan importante en la teoría del análisis económico del derecho.

El análisis más tradicional de L&E comienza en el capítulo V (*Bienes Públicos, externalidades y teoría de los incentivos*). En materia de bienes públicos, una categoría de bienes que con anterioridad eran ignorados, Samuelson demostró que podían y debían ser integrados dentro del análisis económico usual, rompiendo el análisis en compartimientos estancos que existía entre la economía, por un lado, y las finanzas públicas, por el otro (que se ocupaba principalmente del problema de “financiar” mediante un esquema tributario la producción de bienes públicos, como la defensa, la seguridad, el sistema de iluminación costera, etc.) También indicó con fuerza que en materia de bienes públicos no son válidas las reglas habituales de los bienes privados, porque aparece en forma central la necesidad de tomar en cuenta el problema de incentivos subyacente. El tema nos conducirá al tema de las externalidades, donde surge la figura de Ronald Coase, uno de los fundadores de L&E, que en un artículo de 1937 sobre la naturaleza de la empresa explica que cualquier sistema de asignación de precios tiene un costo y que es posible hacer un análisis económico de las reglas, las formas de organización y los métodos de pago. Como un área muy relevante de externalidades, se presenta el problema del calentamiento global del planeta y de las soluciones que han sido propuestas a tal fin. Como un buen ejemplo de la lógica inherente a los bienes públicos, analizamos finalmente un problema de incentivos típico donde se contrastan las soluciones de Samuelson y Coase, considerándose las propuestas de economistas recientes. Las secciones siguientes hacen una rápida introducción al famoso teorema de Arrow (al que volveremos en el capítulo XVIII) y de la teoría del diseño de mecanismos, que busca identificar mecanismos o instituciones que implican una asignación eficiente de recursos en aquellas circunstancias en que el mercado no tiene éxito. Estos mecanismos están frecuentemente vinculados con los incentivos de los agentes y con el uso que se haga de la información privada. Aquí el economista aparece en un rol de *ingeniero*, por así decirlo.

Los principales temas de L&E pueden ser vistos a la luz de la discusión sobre dos mecanismos de organización social de la producción y el consumo, el socialismo y el capitalismo. En el capítulo VI (*Socialismo y Planificación Central*) se tratan los aspectos históricos y teóricos vinculados con el socialismo. Luego de una breve introducción al pensamiento de Karl Marx, nos dedicamos a formular la relación del socialismo con el problema económico, mostrando, mediante el uso de un modelo simple de producción originado en Wassily Leontief, cómo los valores de Marx pueden ser hallados dentro de una economía capitalista. Lo cual nos traslada al problema del cambio de régimen. Aquí se formula una breve historia de la Unión Soviética, sugiriendo que las falencias del régimen estuvieron asociadas a su grado de centralización y a la ausencia de mercados para los distintos bienes económicos. La ruptura de la URSS plantea nuevamente una cuestión de cambio de régimen, a cuyo efecto se profundiza la noción de *descentralización*. Los aportes del economista Oskar Lange y de Friedrich Hayek son presentados en una sección; son pensadores a los que visitaremos con frecuencia en este libro.

El capítulo VII (*Sistema capitalista y Capitalismo regulatorio*) comienza diferenciando los Atributos Básicos de los sistemas socialista y capitalista siguiendo la exposición del gran economista húngaro János Kornai. Se hace una breve mención al peso del estado en la economía argentina. Suele haber mucha discusión sin contenido preciso acerca de si una empresa debería asumir, más allá de su compromiso con sus propietarios, algún tipo de obligaciones hacia su entorno. Por ejemplo, las discusiones actuales en Argentina han llevado a formular posiciones opuestas a las posturas clásicas a favor del mercado. Este capítulo comienza discutiendo un tema que ha sido tratado, entre otros, por el economista Milton Friedman, que se refiere a la presunta responsabilidad social de la empresa. Redefiniendo en forma apropiada los beneficios de la empresa para que contemplen también el largo plazo, el punto de vista de Milton Friedman es el que nos resulta más transparente: una empresa debe ser vista como un instrumento para la maximización de beneficios, y por consiguiente, debe rendir cuentas a sus propietarios. En la teoría económica clásica y moderna, tal es el concepto que se maneja de la empresa. Imponerle una obligación distinta, ya sea social o de otro tipo, tiene el mismo efecto que un impuesto. A continuación se pasa revista a la estructura de diversos contratos del sector público, relevantes en una economía capitalista. Revisamos tres tipos de intervenciones del gobierno en la economía de los mercados: la intervención para resolver un fracaso del mercado, las compras del sector público, y la regulación pública del sector privado. En las tres hemos apreciado los riesgos de la intervención estatal. Ahora analizaremos un sector de la economía privada que requiere una intervención particularmente inteligente del estado: el sector eléctrico. Mediante una comedia en la oficina del Ministro de Obras y Servicios Públicos, su Secretario de Energía, y un Asesor, son revisados distintos problemas que enfrentan las tecnologías de producción y transmisión de electricidad, que requieren precisión en los mecanismos de coordinación aplicados. Se deja para el final del capítulo un breve análisis de las sociedades Público-Privadas. El incremento de los contratos de Oferta Pública de Compras es explicable más por la intención de los gobiernos de evadir las restricciones presupuestarias sacando a esas obligaciones del presupuesto, que por la calidad intrínseca de esos contratos.

En el capítulo VIII (*Corrupción*) hemos tratado de reunir algunos elementos como para esbozar una futura teoría de la corrupción. Comenzamos planteando por qué este problema debería ser considerado primariamente como un problema del estado. Schenone y Gregg (SG) han puntualizado que el primer ingrediente de un análisis de este problema es que las transacciones voluntarias alientan a ser eficientes; pero ello puede no ocurrir con las transacciones voluntarias ilegales. Shleifer y Vishny se preguntan ¿Por qué el soborno puede ser más costoso que su actividad melliza, el pago de impuestos?, y plantean que el imperativo de la confidencialidad hace que el soborno sea más distorsionado que los impuestos. (En la jerga económica, distorsionado significa perjudicial para la eficiencia). Con corrupción, habrá discriminación a favor de los que tengan más capacidad para mantener secretos frente a los más eficientes. El segundo ingrediente de SG de la corrupción, la *deslealtad del mandatario hacia el mandante al que supuestamente debe servir*, desalienta la eficiencia de modo rotundo. Para evitar una conducta desleal de parte de su mandatario, el mandante debe adoptar procedimientos precautorios muy costosos. SG obtienen el resultado de que los daños generados por la pérdida de eficiencia son mayores que los del soborno. Luego pasamos revista a distintos casos de corrupción en Argentina, registrados desde la presidencia de Juárez Celman hasta la de Cristina Fernández. La posición internacional de Argentina, según *Transparency International*, registra un alto nivel de corrupción, al mismo nivel mundial que Argelia, Kazajistán, Moldavia, y Senegal. Mi presentación sobre corrupción continúa introduciendo el análisis de Canavese, ligando el problema a la llamada *tragedia de los bienes comunales*. El capítulo termina con un análisis de la relación empírica entre corrupción, inversión pública y estancamiento. El análisis confirma los efectos deletéreos de la corrupción sobre un sistema económico.

En el capítulo IX (*Teoría de los Juegos, Justicia y Derecho*) se entra a un campo típico de L&E, repasando los aspectos fundamentales de la teoría de los juegos, especialmente a partir de su reformulación por John F. Nash, para considerar a continuación una teoría de la justicia basada en las ideas de Thomas Schelling. Bajo la inspiración de Roger B. Myerson, premio Nobel de economía, se recuerda que un equilibrio de Nash predice una estrategia factible para cada jugador, tal que cada uno maximiza su pago esperado dado lo que predice que harán los otros jugadores. En situaciones en que un juego tiene un único equilibrio, debe constituir la única predicción racional de conducta de los jugadores, lo que hace de esta teoría una herramienta muy poderosa. Un punto de Schelling (también llamado un punto focal) es una solución que será utilizada en forma predominante si no hay comunicación entre los agentes de un juego, porque les parece un concepto natural, especial o relevante. Veremos en el capítulo que los cimientos de cualquier institución social pueden explicarse por medio de juegos fundamentales con equilibrios múltiples. Tal es el caso de la justicia. Pero la economía es una ciencia que analiza la conducta individual en términos de objetivos egoístas e individualistas, luego si todos son unos egoístas materialistas, ¿cómo se puede conseguir que cada cual esté motivado a tratar a todos los demás mejor, simplemente porque ese trato es el que le es “debido”? En tal situación, los criterios de justicia pueden constituir un determinante crucial de la conducta racional de cada individuo precisamente porque él espera que la conducta de todos los demás esté influida por los mismos conceptos de justicia. Por consiguiente, la justicia puede ser racionalmente ofrecida por individuos egoístas porque la justicia es un criterio de selección de los equilibrios de un juego. Luego de desarrollar este punto de vista, el capítulo culmina aplicando el concepto de punto de Schelling a la guerra de las Malvinas.

El capítulo X (*Información y Teoría de la Implementación*) afirma que las cuestiones de información ocupan un lugar central en los fundamentos del análisis económico, pese a lo cual sólo han comenzado a ser tratadas en fecha reciente. De la mano de Joseph Stiglitz, otro premio Nobel de economía, vamos a recorrer algunos problemas del paradigma convencional de información perfecta en economía. Stiglitz nos presenta diversas situaciones donde los costos de información son importantes, y la naturaleza del equilibrio del mercado, en consecuencia, se altera de manera significativa. A renglón seguido, seguiremos la exposición de otro premio Nobel, A. Michael Spence. Todos sabemos que hay mercados donde los que participan no saben cosas que sí conocen otros, pero a partir de esta observación debemos construir una elaboración para su comprensión, porque las brechas de información pueden ser de variado tipo, incluyendo a bienes de consumo durables, a casi todos los mercados laborales, a varios mercados financieros, a diversos mercados por alimentos y bienes medicinales, y muchos otros. Spence desarrolla un primer modelo, en el que se propone analizar el problema económico de señales en el mercado laboral, suponiendo en primer término que la educación adquirida por los trabajadores es una mera señal que no genera productividad, y estudia cómo los trabajadores pueden utilizar sus niveles de educación como medio para enviar una señal a los empresarios, p.ej. tener una licenciatura es señal de inteligencia. Suponemos que en el mercado de trabajo hay dos tipos de trabajadores, una proporción de ellos con calidad alta y mayor productividad que la de los demás. En un equilibrio de agrupación, los empresarios no pueden distinguir el tipo al que pertenece cada trabajador, y se limitan a pagar un salario igual a la productividad marginal esperada de cada trabajador. Este equilibrio es ineficiente, los buenos trabajadores están subsidiando implícitamente el salario de los menos buenos, y los principales se encuentran en la misma situación que en la selección adversa clásica. Aquí, los trabajadores más hábiles podrían estar interesados en enviar una señal obteniendo, por ejemplo, un título universitario a un costo que no está al alcance de los menos buenos. Si los empresarios reconocen y aceptan esta señal como distintivo de la calidad de los trabajadores entonces ofrecerán un salario mayor a éstos. Como resultado general, con dos grupos de trabajadores, y la educación funcionando como formadora de capital humano, se puede tener un equilibrio de señalización con eficiencia plena o con sobre-inversión en educación por

parte del grupo más productivo. También se puede tener un equilibrio de agrupación que domina al equilibrio de separación siempre que el grupo de menor productividad no sea demasiado grande. Finalmente, existe un esquema de impuestos y subsidios que permite que el resultado eficiente de separación plena sea un equilibrio. (Un equilibrio de separación es uno en el que los emisores de las señales de distinto tipo siempre eligen mensajes diferentes; en equilibrio los listos van a la universidad para conseguir la señal y los empleadores creen en la señal y por eso contratan a los educados.) El punto siguiente es este capítulo es presentar los problemas asociados con la información privada, que es la información que tiene un agente que es desconocida o no verificable por otros. Se presenta un modelo de juegos bayesianos, algo más complejo que los habituales, desarrollado por el premio Nobel John Harsanyi. Como ya se vio en el capítulo V, Vickrey diseñó un tipo de subasta donde el mayor cotizante ganaría con su oferta sellada, pero pagaría sólo el precio ofrecido por el segundo cotizante más alto. En este sistema, el cotizante más alto estaría más motivado a revelar su precio máximo que en las subastas tradicionales, beneficiando también al vendedor. Éste es un buen ejemplo de algo que conduce al principio de revelación. En el diseño de mecanismos el principio de revelación es de suprema importancia para hallar soluciones. El investigador sólo debe buscar en el conjunto de equilibrios que se caracterizan por la compatibilidad con los incentivos. O sea, si el ingeniero desea implementar algún resultado o propiedad, puede restringirse a buscar entre los mecanismos que se caracterizan porque los agentes estén deseosos de revelar su información privada al ingeniero que busca ese resultado o propiedad. Si no hay mecanismos directos y veraces de este tipo, no existe ningún mecanismo que implemente este resultado o propiedad. Al reducir el área de búsqueda entre distintos mecanismos, el problema de hallar uno que satisfaga los requerimientos buscados es mucho más sencillo de resolver. La clásica metáfora de la mano invisible de Adam Smith se refiere a cómo un mercado que actúa en condiciones ideales asegura una asignación eficiente de recursos. Pero en la práctica las condiciones no son nunca las ideales; p.ej., la competencia no es totalmente libre, los consumidores no están perfectamente informados y las actividades de consumo y producción deseables privadamente pueden generar costos y beneficios externos. Además, muchas transacciones no tienen lugar en mercados abiertos sino que son internas a las empresas, a su negociación entre individuos o grupos de intereses y bajo una gran cantidad de otros arreglos institucionales. ¿Cuán bien funcionan distintas instituciones, o mecanismos de asignación? ¿Cuál es el mecanismo óptimo para alcanzar determinado fin, como el bienestar social o el beneficio privado? ¿Se requiere regulación del gobierno, y de ser así, cómo debe ser diseñada? Éstas son cuestiones complicadas, en particular porque la información sobre las preferencias individuales y las tecnologías productivas disponibles está dispersa entre varios actores que pueden usar su información privada para maximizar sus propios intereses. La teoría del diseño de mecanismos, que inició Leonid Hurwicz y expandieron Eric Maskin y Roger Myerson, ha mejorado sustancialmente la comprensión de las propiedades de los mejores mecanismos de asignación en tales situaciones, tomando en cuenta incentivos individuales e información privada. La teoría permite distinguir situaciones donde los mercados funcionan bien de aquellas en las que no es así. Ayuda a los economistas a identificar mecanismos de comercio eficientes, esquemas de regulación y procedimientos de votación. Hoy la teoría del diseño de mecanismos juega un papel central en diversas áreas de la economía y partes de la ciencia política. La teoría del diseño de mecanismos puede ser pensada como el lado ingenieril de la teoría económica, con mucho trabajo teórico focalizado sobre instituciones económicas existentes. El teórico quiere explicar o prever los resultados sociales o económicos que estas instituciones generan. Pero en la teoría de diseño de mecanismos la dirección de la investigación se revierte. Comenzamos por identificar nuestro resultado u objetivo social deseado, y luego nos preguntamos si una institución (mecanismo) apropiada puede ser o no diseñada para alcanzar ese resultado. Si la respuesta es sí, entonces queremos saber qué forma podría tomar ese mecanismo. Siguiendo a Maskin (premio Nobel) brindaremos una breve introducción a la teoría de diseño de mecanismos llamada teoría de implementación, la cual, dado un objetivo social, caracteriza cuándo podemos

diseñar un mecanismo cuyos resultados predichos (esto es, el conjunto de resultados de equilibrio) coincidan con los resultados deseables, de acuerdo con ese objetivo. El capítulo concluye analizando problemas de selección adversa y riesgo moral. El primer término es utilizado en economía y otras disciplinas como sinónimo de anti-selección, o selección negativa. Se refiere a un proceso de mercado donde hay resultados malos cuando compradores y vendedores tienen información asimétrica: es más probable que los compradores elijan los malos productos. Las dos maneras de modelar la selección adversa son mediante los juegos de señalización y los juegos de exploración. El riesgo moral es la expectativa de que una parte aislada del riesgo se comporte de forma distinta de lo que lo haría si estuviera plenamente expuesta al riesgo.

En el capítulo XI (*Teoría de las Instituciones e Historia Económica*) volveremos a basarnos en Myerson para comenzar a tratar el problema de la compatibilidad con los incentivos, un tema fundamental del desarrollo de las instituciones que fue analizado por el también premio Nobel Leonid Hurwicz. En efecto, Hurwicz fijó un estándar para los economistas matemáticos de lo que debería ser el estudio de las instituciones como mecanismos de coordinación. Este concepto tuvo un rápido desarrollo a partir de Hurwicz. Se llegó a entender que hay dos tipos de restricciones de incentivos en todo problema general de coordinación social: las restricciones de incentivos de información que dan cabida a los problemas de selección adversa de recolectar la información dispersa, y las restricciones estratégicas de incentivos que formalizan los problemas de riesgo moral de controlar la actividad descentralizada. Tal como Hayek había enfatizado, un plan económico debe hacer uso de información descentralizada que los diferentes individuos tienen sobre sus recursos y preferencias. Pero los planes deben ser implementados mediante acciones descentralizadas de muchos individuos distintos, y está el problema de lograr que los individuos acepten una guía y una dirección adecuadas cuando tienen incentivos estratégicos en pugna. No puede esperarse que un individuo evite tener una conducta oportunista que le permita tener más, y éstos son problemas de riesgo moral formalizados en los modelos económicos mediante restricciones estratégicas de incentivos. Luego, mientras que los antiguos debates sobre el socialismo de Hayek y von Mises tenían lugar en una época en que los modelos económicos sólo tomaban en cuenta restricciones de recursos, ahora se ha ampliado el alcance del análisis económico de modo de considerar también las restricciones de incentivos de información y las estratégicas de incentivos. Si el análisis de incentivos y de otros modelos de selección adversa no revela una desventaja real del socialismo, puede ayudar a apreciar que sus supuestas ventajas pueden ser menores que lo sostenido por sus defensores al dejar de reconocer la posibilidad de una distorsión oportunista en otros sistemas distintos al capitalismo. El análisis del diseño de mecanismos con restricciones de incentivos de información nos enseña que a los individuos que tienen información privada única debe permitírseles tener rentas de información en un mecanismo eficiente. El esquema de Hurwicz permite formular lo siguiente: la supervivencia de una institución política depende de ser conducida por algún núcleo de poder de funcionarios poderosos (un gabinete) que comparten una confianza básica en el juicio de los demás miembros de la facción. Los miembros de este grupo pueden constituir una corte donde tienen el derecho a ser escuchados antes de ser castigados o de perder algún privilegio. En tal corte, la evidencia de *actus reus* contra cualquiera de ellos será oída en común, por lo que todos sus miembros deberían evaluar si se llega en forma apropiada al juicio resultante. El análisis de Myerson sobre Hurwicz sugiere que debe reconocerse el papel desempeñado por los líderes como empresarios de instituciones. A través de la historia, los gobiernos han sido formados por líderes políticos cuyo camino hacia el poder comenzó juntando un grupo confiable de seguidores activos. El activo esencial que define a un líder es su reputación con un grupo de seguidores, lo suficientemente escasos como para una vigilancia individual pero lo suficientemente numerosos como para lograr éxito por medio de su acción colectiva. Si un líder pierde su reputación de recompensar a los miembros del grupo, será reemplazado o el grupo perderá su capacidad de competir con otros equipos con mejor liderazgo (según lo por Alchian y Demsetz, la reputación del líder radica no

tanto en su rol como planificador estratégico sino más bien en el papel más modesto de un encargado honesto de la vigilancia y de pagador general). La relación con un grupo de seguidores – lo bastante reducido para que el líder pueda vigilarlos, pero lo bastante grande como para controlar de modo efectivo las instituciones más grandes del gobierno – es el activo más valioso de un líder político. Como los socialistas del siglo XIX, podemos soñar con grandes reformas sociales utópicas, pero hay que entender que las instituciones de un mundo feliz semejante deben ser construidas en base a los cimientos de facciones más estrechas, organizadas por líderes políticos cuyo imperativo primario es mantener su reputación recompensando a sus seguidores leales. El capítulo continúa con una revisión breve de la así llamada “nueva economía institucional”, siguiendo a Oliver Williamson (otro premio Nobel). Williamson presenta a la nueva economía institucional en un esquema de cuatro niveles de análisis muy interesante, en el cual son ubicadas la teoría social, la economía de los derechos de propiedad, la economía de los costos de transacción, y la economía neoclásica. De aquí pasaremos a tratar temas de la nueva historia económica, de la mano del premio Nobel Douglass North, que asume que como las instituciones son restricciones que surgen de la inventiva humana para limitar las interacciones políticas, económicas y sociales, una matriz institucional efectiva tiene instituciones económicas y políticas como partes esenciales. North sostiene que la cuestión central de la historia económica y del desarrollo económico es dar cuenta de la evolución de instituciones políticas y económicas que generan un ambiente económico inductor de productividad creciente. Si no hay contratos impersonales efectivos, hay ganancias suficientes por defraudar como para impedir el desarrollo de complejos intercambios, que ilustra con la creación de un mercado de capitales y con la interacción entre instituciones y tecnología empleada. Un mercado de capitales entraña seguridad de los derechos de propiedad en el tiempo y sencillamente no la habrá si los gobernantes pueden confiscarlos arbitrariamente o alterar su valor en forma significativa. Establecer un compromiso creíble de que los derechos de propiedad están asegurados a través del tiempo requiere, o bien un gobernante que se abstenga de usar la fuerza de coacción, o bien que el poder del gobernante sea constreñido con el fin de evitar una confiscación arbitraria de activos. La primera alternativa no fue muy exitosa por largos períodos cuando hubo amplias crisis fiscales de los gobernantes (tal como ha reflejado la historia argentina reciente). La tecnología de crecimiento de la industria entrañó capital fijo en planta y equipo de producción, producción ininterrumpida, una fuerza de trabajo disciplinada, y una red de transporte desarrollada: en resumen, mercados de productos y factoriales efectivos. Los derechos de propiedad seguros apoyan a estos mercados, gracias a un sistema político y judicial que posibilita bajos costos de contratación; las leyes flexibles facilitan una amplia gama de estructuras organizativas, y se crean estructuras de gobierno complejas que ponen coto a los problemas de agencia de una estructura jerárquica. En los últimos estadios de desarrollo, la especialización internacional y la división del trabajo requieren instituciones y organizaciones para proteger los derechos de propiedad a través de las fronteras internacionales, de tal forma que operar en los mercados de capital (y otras formas de intercambio) tengan lugar mediante compromisos creíbles de los jugadores. North destaca que en realidad, la historia demuestra que no existe una razón necesaria para que este proceso ocurra como ha sido descrito. En su lugar, muchas veces la rentabilidad privada fue mejorada mediante la creación de monopolios, la restricción a la entrada y a la movilidad factorial, y organizaciones políticas que establecieron derechos de propiedad tendientes más a redistribuir que a aumentar el ingreso. Las historias contrastantes de Holanda e Inglaterra por un lado, y de España por otro, reflejan distintos conjuntos de oportunidad de los actores en cada caso. En las Indias hispánicas, la conquista llegó cuando declinaba la influencia de las cortes castellanas (parlamento) y la monarquía de Castilla, sede del poder de España, se afianzaba firmemente estableciendo el control burocrático centralizado sobre España y sobre las Indias españolas. Los conquistadores impusieron una religión uniforme y una administración burocrática uniforme sobre una sociedad agrícola preexistente. La burocracia detalló cada aspecto a ser cumplido por la política y la economía. Hubo crisis recurrentes por los problemas de agencia. La maximización de riqueza de organizaciones y

de empresarios (políticos y económicos) entrañó el control de – o la influencia sobre – la maquinaria burocrática. Las guerras de independencia del siglo XIX de América Latina fueron una lucha por el control de la burocracia y de la política entre el control de las colonias y el centro imperial, a pesar de ello la lucha estuvo imbuida por sesgos ideológicos provenientes de las revoluciones americana y francesa. La independencia aparejó crear constituciones inspiradas en la de US, pero con resultados radicalmente diferentes. En contraste con los de US, los esquemas federales y esfuerzos de descentralización latinoamericanos tuvieron una cosa en común luego de las revoluciones: ninguno funcionó. Hubo un retorno, país por país, al control burocrático centralizado que caracterizó a América Latina en el siglo XIX. Este capítulo culmina con el repaso del pensamiento de North acerca de por qué son importantes las instituciones.

El capítulo XII (*Historia de la Disciplina*) es una adaptación y actualización del documento *History of Law and Economics* de Ejan Mackaay, incluido en la *Encyclopedia of Law and Economics* (Bouckaert and De Geest, 2000). A lo largo del capítulo se presentan los aspectos principales de los programas de investigación de L&E, como así también las figuras más descolantes del movimiento. Al mismo tiempo, el capítulo sirve para introducir los temas más importantes de L&E, sirviendo de prolegómeno a los capítulos posteriores del tratado. Una de las conclusiones de esta historia es que L&E constituye un complemento esencial de las aptitudes requeridas tradicionalmente a un abogado.

El capítulo XIII (*Economía del Crimen, Accidentes, Responsabilidad Civil y Regulación*) comienza analizando la economía del crimen, siguiendo a David Friedman. Costo del crimen y nivel eficiente de crimen en una sociedad son descriptos según su tratamiento, al que hemos incorporado el análisis de la sociedad buscadora de rentas de Tullock y Krueger. Sigue un análisis microeconómico del delito y el castigo, basado en Hal Varian, a propósito de lo cual se trae a colación el aporte de Guido Calabresi a L&E. Sigue una sección en la que se indaga sobre el vínculo entre L&E y externalidades y la solución de Pigou. A continuación, nos preguntamos con Posner cómo es posible explicar la intervención del gobierno en los mercados (o regulación económica). Hay dos teorías que han sido propuestas para explicar la regulación: 1) la teoría del interés público, y 2) la teoría de la captura. La teoría económica de la regulación, propuesta por Stigler, deja de lado el supuesto inexplicable, y frecuentemente falso, de un propósito legislativo prístino; admite la posibilidad de “captura” por grupos de intereses distintos a las empresas reguladas; y reemplaza la metáfora de “captura” por una terminología más neutra de oferta y demanda. El capítulo termina exponiendo las líneas generales del modelo de regulación de Peltzman. Según Peltzman, el aparato de oferta y demanda puede ser convertido en una restricción sobre la conducta regulatoria; hecho esto, los cambios familiares del análisis de oferta y demanda proporcionan implicancias refutables sobre un amplio campo de la conducta regulatoria: cuándo tendrá lugar una regulación, cómo modificará la estructura de precios no regulados, e incluso cómo cambiará la división de ganancias a lo largo del tiempo.

El capítulo XIV (*Grandes Pensadores de L&E*) está dedicado a revisar el aporte de cuatro grandes economistas: Coase, Cheung, Demsetz y Hayek. Coase comienza analizando el problema de las externalidades preguntándose “[Un problema de este tipo] se piensa comúnmente como uno en el cual A inflige daño a B y lo que tiene que decidirse es: ¿cómo deberíamos restringir a A? Pero esto es incorrecto. [...] La pregunta real a ser resuelta es: ¿debe permitirse que A dañe a B o que B dañe a A? El problema es evitar el daño más serio.” Afirma: “es necesario saber si la empresa que produce el daño es o no responsable del daño que causa, porque sin el establecimiento de estas delimitaciones de derechos iniciales, no puede haber transacciones de mercado para transferir y recombinar estos derechos. Pero el resultado último (que maximiza el valor de la producción) es independiente del fallo si el sistema de precios funciona sin costos.” Este párrafo origina lo que se conoce como *Teorema de Coase*, aunque Stigler lo definió usando las siguientes

palabras: [...] bajo competencia perfecta los costos sociales y privados serán iguales. Con relación al enfoque de Pigou, diría: “El problema que enfrentamos al tratar con acciones que tienen efectos perjudiciales no es simplemente restringir a los que provocan dichos efectos. Lo que tiene que decidirse es si la ganancia de impedir este daño es mayor que la pérdida que se sufriría como consecuencia de paralizar la acción que produce el daño.” Coase recomienda que sería deseable que los economistas, quienes al estudiar los problemas de la empresa emplean el enfoque de costo de oportunidad comparando los retornos obtenidos de una combinación dada de factores (o recursos) en ordenamientos empresariales alternativos, utilicen un enfoque similar al analizar los problemas de política económica comparando el producto total generado por ordenamientos sociales alternativos. Por otra parte, generalmente frente al tipo de problemas aquí analizado, se tiende a comparar la situación existente con algún tipo de mundo ideal, como por ejemplo una intervención del gobierno sin costos, lo que según Coase es absolutamente irreal y tiende a confundir el análisis, dado que nunca está claro cuáles son las alternativas que se están comparando. En opinión de Coase, debe realizarse un análisis considerando una situación lo más cercana posible a la efectivamente existente y estudiar los efectos de una propuesta de cambio, de modo de evaluar si la nueva situación, en términos del valor total de producción, será mayor o menor que la original. Otra cita relevante es la siguiente: “Está claro que el gobierno tiene poderes que le permiten desarrollar algunas cosas a un costo menor que una organización privada. Pero la máquina de gobierno no está exenta de costos. (...) Una regulación gubernamental directa no necesariamente producirá mejores resultados que si dejamos que el mercado o la empresa resuelvan el problema. Pero, igualmente no hay razón para suponer que, en algunas ocasiones, tales regulaciones gubernamentales no conduzcan a un mejoramiento en la eficiencia económica”. Ahora, ¿Cómo era posible reconciliar los puntos de vista expresados por los economistas sobre el papel del sistema de precios y la imposibilidad de un planeamiento económico central (como el de la URSS) exitoso con la existencia del empresariado y de esas sociedades aparentemente planificadas o empresas que operan dentro de nuestra propia economía? Coase halló la respuesta en 1932, consistente en apreciar que existen costos de usar el mecanismo de precios. Los precios tienen que ser descubiertos. Deben hacerse negociaciones, escribirse contratos, realizarse inspecciones, llegarse a un acuerdo para dirimir las disputas, y así sucesivamente. Estos costos llegaron a ser conocidos como *costos de transacción*. Su existencia implica que métodos de coordinación alternativos a los mercados, que en sí son costosos y sufren de distintas imperfecciones, pueden ser con todo preferibles a descansar en el uso del sistema de precios, único método de coordinación analizado por los economistas. Evitar los costos de realizar las transacciones a través del mercado era lo que podía explicar la existencia de la empresa en la cual la asignación de factores resulta de decisiones administrativas. En su artículo de 1937 Coase sostuvo que en un sistema competitivo existiría una cantidad óptima de planeamiento, dado que una empresa, como si fuera una pequeña sociedad planificada, sólo podría continuar existiendo si realizara su función de coordinación a menor costo que si esa función fuera realizada por otra. Para tener un sistema económico eficiente no sólo se requiere tener mercados sino también áreas de planeamiento internas de las organizaciones, de determinado tamaño. Lo que resulte de esta mezcla será encontrado como producto de la competencia. La contribución importante del artículo de 1937 es la introducción explícita de los costos de transacción dentro del análisis económico. El artículo sostuvo que la empresa emerge como consecuencia de la existencia de costos de este tipo. Sus efectos están omnipresentes en la economía. La gente de negocios decide de qué manera harán sus negocios y qué es lo que deben producir para tenerlos en cuenta. Si los costos de hacer un intercambio son mayores que las ganancias derivadas de dicho intercambio, éste no tendrá lugar y la mayor producción que surgiría de la especialización no se realizará. De este modo los costos de transacción pueden afectar no sólo a los arreglos contractuales, sino a los bienes y servicios que serán producidos. La enseñanza para los hombres de derecho tal vez se pueda resumir, usando sus propias palabras, en lo siguiente: “Si las transacciones de mercado no son costosas, todo lo que importa (dejando de lado cuestiones de equidad) es que los derechos

de las partes deben estar bien definidos y los resultados de las acciones legales deben ser fáciles de predecir. Pero [...] la situación es muy diferente si las transacciones de mercado son tan costosas que tornan muy difícil modificar el ordenamiento de derechos establecido por ley. En tales casos, las Cortes influyen directamente en la actividad económica. Sería, por lo tanto, deseable que las Cortes entiendan las consecuencias económicas de sus decisiones y las tomen en cuenta, en la medida que ello sea posible, sin crear demasiada incertidumbre sobre la situación jurídica, al fallar sus decisiones.” Luego de esta presentación de las contribuciones de Coase, nos detenemos brevemente a considerar un comentario crítico formulado por Dan Usher a la reformulación que Posner hiciera del teorema de Coase, que es o bien falsa en sentido estricto o bien engañosa y casi tautológica. Usher concluye que el teorema de Coase es una tautología, porque entre individuos racionales una negociación debe dejar a cada uno mejor que lo que estaba antes, y en una negociación sin costos todos seguirán negociando hasta que no exista una ventaja mutua de seguir negociando. Pero si el teorema es interpretado en el sentido de que la eficiencia económica requiere la asignación de propiedad a los individuos - aunque la negociación no tenga costos - es incoherente o falso. Estas observaciones nos advierten acerca de la necesaria rigurosidad que debemos emplear en las definiciones económicas. Probablemente sería mejor denominar *principio de Coase* al así llamado *teorema*. Nuestro siguiente autor es Steven Cheung, que ha explorado las implicancias de un mundo con costos de transacción positivos. Lo que resulta inmediatamente claro es la importancia crucial que reviste el sistema legal en este nuevo mundo. Los mercados no son entidades físicas, sino derechos a realizar ciertas acciones, derechos que están delimitados por el sistema legal vigente. Si bien es posible imaginar que, en el mundo hipotético (costos de transacción cero), las partes negociarían a efectos de cambiar cualquier cláusula legal que sea un obstáculo para aumentar el valor de la producción, en el mundo real (costos de transacción positivos) ello sería sumamente costoso. Por este motivo los derechos individuales, con sus obligaciones y privilegios, son los que determina la ley. Luego el sistema legal tiene un efecto profundo sobre el sistema económico y, hasta cierto punto, lo controla. Obviamente, sería deseable que estos derechos sean asignados a los que los pueden usar más productivamente y con incentivos que los conduzcan a hacerlo así, y que, con el fin de descubrir (y conservar) esta asignación de derechos, el costo de transferirlos sea reducido mediante leyes claras que hagan menos onerosa su transferencia. Pero ello sólo es posible si existe un sistema adecuado de derechos de propiedad que se cumplen, por lo que es fácil entender por qué la academia de abogados ha encontrado tan atractivo el tema de L&E que ha florecido en diversas facultades de derecho y de ciencias económicas. Para muchos economistas, la discusión de Coase de la naturaleza de la empresa aún ofrece los lineamientos generales de una definición de autoridad. En Coase, el contrato de trabajo es explicado como uno por el cual el factor, por cierta remuneración ser fija o fluctuante, acuerda obedecer las direcciones de un empresario dentro de ciertos límites. La esencia es que sólo se deben determinar los límites del poder del empresario. Dentro de estos límites, él puede entonces dirigir a los otros factores de producción. A la pregunta de por qué un propietario privado cedería en forma voluntaria sus derechos y aceptaría los dictados de la mano invisible, Cheung rescata la respuesta de Coase, consistente en que ello se hace a efectos de reducir los costos de transacción. Da como ejemplo el ejemplo clásico de la fábrica de alfileres, en la que cada propietario de un insumo se especializa trabajando en una sola parte del producto. En este mundo sería redundante hablar de un mercado del producto y de mercados de factores, ya que serían inseparables. Para separarlos, se necesita a un agente que pague a los propietarios de insumos y reciba pagos de los clientes por el producto que fabrica. A tal efecto, define a un insumo productivo como de propiedad privada si su propietario tiene (1) derecho de excluir a otros, de modo que sólo él puede decidir sobre su utilización; (2) derecho de obtener un ingreso exclusivo a partir de su uso; (3) derecho a transferir su propiedad (incluyendo el trabajo) o de intercambiarla con quien le parezca apropiado. Este último derecho implica el derecho a suscribir contratos. Los derechos de propiedad pueden ser intercambiados mediante una vasta gama de arreglos contractuales. La elección de la forma

contractual dependerá de los costos de transacción. La respuesta de Coase es atrevida: El motivo por el que es rentable poner en marcha una empresa es el costo de usar el mecanismo de precios. El costo más obvio de organizar la producción mediante el mecanismo de precios es el de descubrir y negociar precios. Complementando una discusión ausente en Coase, Cheung formula cuatro razones para ello. 1) La más inmediata es que el costo de descubrir los precios es que, sin una empresa, se requieren más transacciones, cada una de las cuales implica buscar un precio separado. Alternativamente a un conjunto plural de contratos, un agente central podría contratar con el proveedor de cada insumo por separado, pagando por los servicios recibidos y vendiendo el producto final a otro precio. Coase afirmó que un factor de producción (o su propietario) no tendrá que suscribir una serie de contratos con los factores con los que coopera en la empresa, como sería necesario si esta cooperación fuera resultado directo de la operación del sistema de precios. Todo este conjunto de contratos es sustituido por uno solo. 2) Otra razón es el costo de información sobre el producto. Si las componentes de un producto no son utilizables por separado, un acuerdo entre el consumidor y el productor de cada componente sería más costoso que todo el producto. Por ejemplo, llegar a un acuerdo sobre un muelle dentro de una cámara significa incurrir en un costo mucho mayor que el de la misma cámara. 3) Hay otro costo que es el de medición. En todas las transacciones hay atributos que deben ser medidos. Si las actividades realizadas por el propietario de un insumo cambian frecuentemente, si varían en grado sumo, o si algunas no pueden ser estipuladas en forma apropiada por adelantado, puede resultar más económico dejar de lado su medición y sustituirla por otra que sea más apropiada. 4) El último costo identificado es el de separar las diversas contribuciones al arribar a un acuerdo de precio, especialmente si los propietarios de insumos trabajan en colaboración, en cuyo caso la contribución de cada cual puede ser difícilmente delineada y cada cual puede reclamar más para sí que lo que le corresponde. Un agente que renta a colaboradores que participan en equipo puede estar así ejerciendo un derecho similar al del dominio eminente, ofreciendo a cada uno un precio sobre una base tómallo o déjalo. En resumen, es posible reducir los costos de descubrir los precios mediante un mecanismo que no sea la justipreciación separada y directa de las actividades. Esto puede lograrse mediante algo tan simple como sería usar un contrato a destajo o algo tan complejo como establecer un régimen comunista (un régimen comunista es una súper-empresa en la que los ciudadanos carecen de la opción de no adherir). La cuestión principal es la delegación de los derechos de uso de los propietarios privados de insumo, en la medida que la contribución o actividad de cada uno no esté justipreciada. Esto involucra medir usando una proxy. Aquí aparece el empresario. No es correcto decir que la empresa reemplaza al mercado. En realidad, más bien se trata de que un tipo de contrato reemplaza a otro. En resumen, los trabajos de Cheung constituyen extensiones naturales de los documentos de Coase. Nuestro autor siguiente es Harold Demsetz, que se concentró en el análisis de los derechos de propiedad. El documento analizado tiene referencias a la teoría de las externalidades y al surgimiento del derecho de propiedad. La interrelación de economías de escala, costos de negociación, externalidades y modificación de derechos de propiedad puede apreciarse en la "excepción" más notable a la afirmación de que la propiedad tiende a ser una cuestión individual: la sociedad anónima. Significativas economías de escala en la operación de las sociedades anónimas son un hecho y, también, 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 que existen economías de escala cuando se opera con estas sociedades, no las hay en cambio para la provisión de capital. Por tal razón, se hace conveniente que muchos "propietarios" formen una sociedad anónima. Pero si todos los propietarios participaran en cada decisión que debe ser tomada por tal empresa, las economías de escala que implica operar ese tipo de sociedades quedarían rápidamente superadas por el alto costo de negociación. Por cierto, hay una delegación de autoridad para la mayoría de las decisiones, y en casi todos los casos un pequeño grupo de administradores se transforman en los propietarios "de facto". La propiedad efectiva, es decir el control efectivo de la propiedad, está así legalmente concentrada en las manos de la

administración. Esta es la primera modificación legal, y se produce al reconocer los altos costos de negociación que se deberían pagar de otro modo. La estructura de propiedad, sin embargo, crea algunas dificultades de externalidad bajo la ley de propiedad compartida. Si la sociedad quiebra, la ley de propiedad compartida compromete a cada propietario de acciones a hacer frente a las deudas de la corporación hasta los límites de su capacidad financiera. Así, la administración que ejerce la propiedad de hecho puede provocar considerables efectos externos en los propietarios de acciones. Si el sistema de propiedad permanece sin cambios, esta externalidad haría extremadamente difícil a los empresarios obtener el capital necesario atrayendo a personas adineradas. Una segunda modificación legal, la responsabilidad limitada, se desarrolló así para reducir los efectos de dicha externalidad. La tendencia dual – de que la propiedad radique en el individuo y que la propiedad individual tienda a la minimización de los costos -- está clara en el paradigma de la propiedad de la tierra, cuya vigencia se extendió a la sociedad. Pero puede no quedar tan claro cuán ampliamente aplicable es el paradigma. Consideremos los problemas de los derechos de reproducción (*copyright*) y las patentes. Si todos pudiesen apropiarse libremente de una nueva idea, o si existiesen derechos comunales para las nuevas ideas, no habría incentivos para desarrollarlas (volveremos sobre este tema en el capítulo siguiente). Los beneficios que derivan de ellas no se concentrarán en quienes les dieron origen. Si hacemos extensivo a sus originadores cierto grado de derechos de propiedad privada estas ideas se desarrollarán con más rapidez. Pero la existencia de derechos privados no significa que se tomen en cuenta directamente sus efectos sobre la propiedad de otros. Una nueva idea transforma a una vieja en obsoleta y a otra vieja en una más valiosa. Estos efectos no serán directamente tomados en cuenta pero pueden llamar la atención de quien ha dado origen a la idea a través de negociaciones en el mercado. Todos los problemas de las externalidades son análogos a los que se desarrollan en el ejemplo de la propiedad de la tierra. Las variables pertinentes son idénticas. Las últimas secciones del capítulo están dedicadas a Friedrich Hayek, uno de los más destacados filósofos y economistas del siglo XX, cuyo aporte parece tener una fuerza nueva a comienzos del presente siglo. Su contribución más conocida es sobre cómo los precios al ajustarse comunican señales que permiten a los individuos coordinar sus planes de acción. Recibió el premio Nobel en ciencias económicas por su labor pionera en teoría monetaria y fluctuaciones económicas y por su análisis penetrante de la interdependencia de los fenómenos económicos, sociales e institucionales. Los temas que levantó Hayek vuelven a aparecer en distintas partes de un programa de trabajo en este libro. Hayek se convirtió en uno de los críticos académicos líderes del colectivismo del siglo XX. Creyó que toda forma de colectivismo (aún el basado en la cooperación voluntaria) sólo podría mantenerse mediante una autoridad central. Argumentó con fuerza que el socialismo requería planificación económica central y que la misma tendría el riesgo de conducir al totalitarismo, dado que la autoridad central sería dotada del poder de tener un impacto sobre la vida social, y porque el conocimiento requerido para una planificación central está inherentemente descentralizado. La descentralización del conocimiento es una idea-fuerza de la teoría hayekiana. En *The Use of Knowledge in Society* argumentó que el sistema de precios sirve para compartir y sincronizar los conocimientos personales localizados, lo que permite a los miembros de una sociedad alcanzar fines complicados y diversos mediante un principio de auto-organización espontánea. Según Hayek, el papel central del estado debería ser mantener el estado de derecho, con la mínima intervención posible. Visualizó al sistema de precios no como un invento consciente (de diseño intencional) sino como un orden espontáneo, resultante de la acción humana pero no del diseño humano. Todas las ideas de la última mitad de la vida de Hayek están dominadas por su visión de los límites del conocimiento humano y la idea de orden espontáneo de las instituciones sociales. El orden espontáneo es la aparición espontánea de orden del aparente caos a través de la auto-organización. También es una teoría social que describe la aparición de diversos tipos de orden social a partir de una combinación libre de personas interesadas en su propio bienestar y que no están intencionalmente buscando crear orden. Los partidarios de esa teoría, como Hayek, tienden a pensar que el orden espontáneo es superior a cualquier tipo de

objeto que pueda ser creado por un plan o diseño. La evolución de la vida sobre la Tierra, el lenguaje humano, el derecho, las reglas de tránsito, la economía de mercado y el sistema de precios y dinero son ejemplos clásicos de sistemas que se desarrollan a través de un orden espontáneo con fines al beneficio privado. Orden espontáneo también se utiliza como sinónimo de cualquier comportamiento emergente o auto-organizado del que el orden espontáneo por interés propio es sólo un ejemplo. A continuación se incluye una lectura resumida de la introducción y los tres primeros capítulos de su obra *Law, Legislation and Liberty*, que introduce los conceptos de cosmos y taxis. Los órdenes espontáneos tienen lugar porque sus elementos obedecen ciertas reglas de conducta. Hayek utiliza el concepto de reglas no como formas articuladas (verbalizadas), sino que es posible descubrirlas según las acciones que siguen los individuos. Reglas que existen y operan sin siquiera ser explícitamente conocidas por aquellos que obedecen a las mismas existen en una gran variedad de campos de la acción humana: el hombre ignora todas las reglas que son una guía de sus acciones, ya que es incapaz de expresarlas en palabras. Sin embargo, no cualquier regularidad de los elementos asegura un orden global. Algunas reglas individuales podrían hacer imposible alcanzar un orden global. El orden espontáneo de una sociedad está conformado por individuos y organizaciones. Para muchas tareas limitadas, una organización es el método más poderoso de coordinación, porque permite adaptar el orden resultante en forma más plena a nuestros deseos; en contrapartida, cuando las circunstancias a ser tenidas en cuenta son de gran complejidad, debe recurrirse a fuerzas del orden espontáneo, ya que nuestro poder de acción está necesariamente restringido. Esto no significa que ambos tipos de orden puedan ser combinados de la manera buscada. En una sociedad libre, grupos de gente se organizan para alcanzar ciertos fines, pero la coordinación de actividades de todas estas organizaciones separadas – así como de los individuos separados – se realiza a través del orden espontáneo. Son organizaciones la familia, la planta de producción, la empresa, la sociedad anónima y varios tipos de sociedades, todas las instituciones públicas, y el gobierno. Todas están integradas en un orden espontáneo más amplio. Entre las organizaciones sociales la que ocupa el lugar más especial es el gobierno. Aunque se podría imaginar que el orden espontáneo de la sociedad pueda existir sin gobierno – cuando las reglas mínimas necesarias para la formación de ese orden son observadas sin un aparato organizado para hacerlas cumplir – en la mayoría de las circunstancias la organización gobierno resulta indispensable para que las reglas sean cumplidas. Esta función es parecida a la de una brigada de mantenimiento de una fábrica, ya que no produce bienes o servicios para los consumidores, sino que trata que el mecanismo regulador se mantenga operativo. La misma organización de mantenimiento habitualmente se espera que rinda otros servicios que no estarán a cargo del orden espontáneo – porque no los puede brindar en forma adecuada. Esta distinción entre función coactiva y función de servicios es de importancia fundamental, ya que en el caso de la segunda se trata de una organización más, pero en la primera facilita una condición esencial para preservar el orden general. Es usual diferenciar estos dos órdenes como sociedad y gobierno. Hayek mantiene la tesis de que resulta imposible combinar las reglas del orden espontáneo con las de la organización. Toda organización requiere reglas así como comandos específicos. Toda organización en la cual sus miembros no sean meros instrumentos del organizador especificará sus comandos como funciones a ser cumplidas por cada miembro, los objetivos a alcanzar, y ciertos aspectos generales de los métodos a emplear, dejando los detalles a decisión de los individuos sobre la base de su conocimiento y habilidad específicos. Aquí la organización se topa con el problema que encuentra cualquier actividad humana compleja: el organizador debe desear que los individuos que cooperan hagan uso del conocimiento que él mismo no tiene. No hay organización (sino las más simples) en que una sola mente posea todos los detalles necesarios. Nadie logró hasta ahora en forma deliberada acomodar todas las actividades que hay en una sociedad compleja. Lo distintivo de las reglas de la organización es que son reglas para la realización de tareas determinadas. Se presupone que el lugar de cada individuo en una estructura fija está determinado por una directiva y que las reglas que cada uno debe obedecer dependen del lugar que le fue asignado y de los fines

particulares que le asignaron. Las reglas acomodan meramente en forma detallada la acción de los funcionarios que se desempeñan en el gobierno. Las reglas organizativas son subsidiarias de directivas, llenando el hueco que pueda existir. Serán diferentes para distintos miembros de la organización según los roles, y deberán ser interpretadas a la luz de los propósitos perseguidos. En contraste, las reglas del orden espontáneo deben ser independientes del propósito y serán las mismas, si no para todos los miembros, al menos para la clase completa de miembros no designados mediante su nombre. Deben ser aplicables a un número desconocido y no determinable de personas e instancias. Serán aplicadas por los individuos a la luz de su conocimiento y propósito respectivos. Su aplicación no dependerá de ningún propósito común, que los individuos no necesitan conocer. Esto implica que las reglas de un orden espontáneo no tienen un fin concreto o predecible por nadie en particular. A mayor complejidad del orden buscado, mayor será la porción de acciones separadas determinadas por circunstancias desconocidas para los que tienen que dirigir a una organización. Fue gracias al orden espontáneo que la estructura de la sociedad moderna alcanzó su grado de complejidad que excede con mucho el que ha sido alcanzado por cualquier organización deliberada. Mantener que una sociedad debe ser planeada porque es compleja es, por tanto, una paradoja y una falta de comprensión de estas circunstancias. Una visión del Hayek pesimista la suministran líneas como las siguientes: La legislación es el instrumento principal de cambio deliberado en la sociedad moderna. Pero es imposible el rediseño global de un sistema legal. (Popper criticaría frontalmente al "método holístico" como incapaz de analizar ninguna realidad. "Las totalidades en tal sentido no pueden ser objeto de estudio científico alguno". Es dicho método el que ha llevado a las grandes utopías modernas y a los grandes planes sociales totales que según Popper jamás alcanzaron sus objetivos ya que impiden cualquier control científico al pretender "transformar la sociedad" *in toto*). Es conveniente ver al derecho como un proceso. El proceso de cambio legislativo puede traer aparejadas consecuencias no deseadas o impensadas, de las cuales el abogado es una herramienta involuntaria. Se está viviendo un período de transformación interna del derecho y de seguir ese camino el derecho dejará de proteger la libertad individual. El pensamiento legal ya parece estar gobernado por nuevas concepciones de la función del derecho, tales que si se aplicaran de forma consistente, todo el sistema de reglas de conducta individual quedaría transformado en un sistema de reglas de organización. En materia jurisprudencial – como ya se nota en nuestro país – toda la concepción del derecho ha sido puesta al día por abogados cuya preocupación principal es el derecho público o las reglas de organización del gobierno.

El capítulo XV aborda el tema de la *Economía de la Propiedad Intelectual y Patentes*. El *Copyright* es un conjunto de derechos exclusivos que regulan el uso de una expresión particular de una idea o información. En general, estos derechos han sido objeto de regulaciones en cuanto a su ejercicio. Estos derechos de exclusividad son concedidos por una ley de propiedad, como la propiedad intelectual, y con relación a empresas de servicios públicos. Hay analistas que piensan que tales derechos constituyen la base del concepto de propiedad. El enfoque usual considera que los derechos de copyright y otros similares son esenciales para promover la creatividad individual, el desarrollo de la industria cultural y la promoción de su diversidad: la piratería y el bajo nivel de cumplimiento de estas leyes destruyen los incentivos a la creación y distribución de productos culturales locales y reflejan la necesidad de esfuerzos concertados para alentar la creatividad y propulsar el desarrollo. Se expone un documento de la UNESCO (TRIPS) sobre la función de estos derechos y otros similares. A continuación se analiza la legislación sobre patentes en Argentina. Por su interés analítico y las conclusiones extraídas, se sigue el documento de un abogado norteamericano, Stephan Kinsella. Cabe notar que Richard Posner es un notorio utilitarista (aunque no libertario) partidario de la propiedad intelectual. Como en materia de propiedad intelectual estamos en presencia de un bien público, son válidos aquí los argumentos para frenar la conducta *free riding* que podría existir por parte de algunos miembros de la sociedad. Pero también hay una larga tradición de autores opuestos, como Rothbard,

McElroy, Palmer, Lepage, Bouckaert y el propio Kinsella. Éste comienza exponiendo las defensas utilitarias de la propiedad intelectual, la relación entre propiedad y escasez, y la relación entre ideas y escasez. El problema de reconocer derechos de propiedad sobre recursos no escasos, radica en que necesariamente disminuyen los derechos de propiedad sobre recursos tangibles en la misma proporción. Según Kinsella, un derecho de patente efectivo (un derecho sobre una idea o disposición de cosas, no sobre un recurso escaso) significa que se tiene algún control sobre los recursos escasos de todos los demás. Ello “recorta el principio libertario de apropiación”. Analiza luego a la propiedad intelectual como un contrato. El derecho de autor y las patentes buscan evitar que propietarios de propiedades tangibles (recursos escasos) utilicen su propiedad como les plazca. P.ej., tienen prohibido, con la ley de patentes, practicar métodos patentados en su propiedad o modelarla con la forma de dispositivos patentados, aunque hayan inventado de forma independiente el método o dispositivo. Con la ley de derechos de autor, terceros que no hayan contratado con el autor no pueden copiar o beneficiarse del trabajo original del autor. Claramente, los vendedores de novelas u obras literarias pueden contratar con los compradores y prohibir que éstos reproduzcan o incluso revendan la cosa. La conclusión que extrae Kinsella es: un sistema de derechos de propiedad sobre “objetos ideales” requiere necesariamente violar otros derechos de propiedad, es decir, del uso de la propiedad tangible como se desee. Un sistema de ese tipo requiere una nueva regla de ocupación que subvierta la norma del primer ocupante. La propiedad intelectual, al menos en forma de patente y derecho de autor no puede justificarse.

En el capítulo XVI (*Eficiencia y Evolución en Derecho y Economía*) se adopta una interpretación amplia de lo económico, siguiendo un ensayo de Jack Hirshleifer: se supone que todas las motivaciones e interacciones constituyen temas a ser tratados por la economía, en la medida en que son una respuesta al hecho dominante de la escasez de recursos. El contenido de este capítulo tiene una tónica *darwiniana*. En cuanto al derecho, se interpreta que consiste en toda forma de control social coactivo de la conducta, lo que implica que incluye a gran parte de la política y la sociología. Sin embargo, el punto de vista de la teoría evolutiva fija los límites del campo de discusión. En L&E, la influencia dominante de los últimos años parece haber correspondido a la segunda, en el sentido de que las formulaciones de la economía fueron prestadas o aplicadas para facilitar una explicación más fundamental de algunos fenómenos legales. Hay tres puntos de vista básicos, resumidos como tres teoremas: 1) *Adam Smith*: El intercambio voluntario es en beneficio mutuo de todos los participantes. Luego, el derecho, presumiblemente, debería promover el comercio – y eliminar las barreras legales artificiales, logrando que los acuerdos de intercambio privados sean cumplidos. 2) *Ronald Coase*: Todo intercambio disponible en beneficio mutuo será realizado por las partes involucradas. Aún en el caso de que los individuos impongan perjuicios “externos” a otros, como en el caso de un río aguas arriba que degrada la calidad de las aguas de un usuario aguas abajo, la resolución del conflicto tendrá lugar mediante un proceso de intercambio. Siempre que los derechos de propiedad estén bien definidos, la conclusión no depende de cómo estén inicialmente asignados estos derechos. Luego, además de eliminar las barreras artificiales a las transacciones, el derecho debería asignar derechos de propiedad definidos a todos los recursos con valor económico. Si además no hay costos de transacción, el derecho no debe preocuparse en regular los daños externos. 3) *Richard Posner*: Cuando haya costos inevitables de transacción (no atribuibles al propio derecho) que impiden el logro de un resultado totalmente eficiente mediante negociación privada, una asignación particular inicial de los derechos de propiedad puede conducir a un resultado más próximo a la eficiencia que otras. Implicancia: Si existen costos de transacción inevitables, el derecho debe elegir la más eficiente asignación de derechos de propiedad. Hirshleifer indica que se tiene la impresión de que en la versión positiva, sólo debemos escribir la crónica del progreso armónico de L&E hacia el mejor (o más eficiente) de los mundos posibles. La versión normativa deja abierta alguna duda sobre el problema (¿por qué otro motivo habría que preocuparse con lo que debería hacerse?). Algunas voces dicen que parece razonable suponer

que, a medida que avance el conocimiento y que con el correr del tiempo la educación del público se amplíe y profundice, las ideas erróneas del pasado que interfirieron con el pensamiento económico-legal razonable tendrán una influencia decreciente. Pero Hirshleifer subraya que a nivel fundamental, el estado de derecho no ha abarcado a toda la humanidad. Las ganancias mutuas potenciales de la cooperación no han suprimido ni la guerra, ni el crimen, ni la política. Los sistemas legales avanzados, posesiones orgullosas de los países occidentales, han estado cambiando en forma perniciosa desde el punto de vista de la eficiencia económica al menos en los últimos años. En lugar de propender al intercambio y la propiedad, hubo una tendencia clara hacia el acoso racial y sexual, hacia una creciente incertidumbre, y aún hacia la confiscación (de lo cual hay sobrada experiencia en Argentina). Aquí es conveniente echar una ojeada a las ideas evolutivas. Hay dos formas en que estas ideas son relevantes para la pregunta sobre el alcance de la interacción armoniosa entre los hombres. Primera, concerniente a la naturaleza del ser humano, sobre todo por la pregunta sobre la capacidad de cooperación o de conflicto innata a los seres humanos, como tendencia universal de la vida o como resultado particular de la evolución de la humanidad. Los humanos ¿son seres esencialmente luchadores o amantes? Segunda, concerniente a las instituciones sociales. Cualquiera sea el patrón intrínseco de los impulsos individuales humanos, el resultado global también es función de las restricciones sociales que regulan las interacciones personales. Adam Smith muestra cómo el principio de la mano invisible – según el cual en un mercado libre, un individuo que persigue su propio interés también tiende a promover el bienestar global de su comunidad, dado que al maximizar su propio ingreso contribuye a maximizar el ingreso total de la sociedad, igual a la suma de los ingresos individuales – funciona aún en una sociedad de individuos egoístas mediante instituciones sociales adecuadas en pos de su ventaja mutua. A la inversa, aún la más desinteresada generosidad a veces puede fracasar por carecer de un arreglo institucional que la sostenga. El primer elemento, nuestro carácter innato, constituye un fondo que ha permanecido básicamente constante a lo largo del breve lapso evolutivo de la experiencia histórica de la humanidad, y es uniforme entre las especies humanas. En contraste, el segundo elemento – el trasfondo institucional o cultural – es altamente volátil a través del tiempo histórico e increíblemente variado entre las distintas sociedades. Un argumento al que se puede recurrir es el de *eficiencia*, pero en prácticamente todas las cuestiones sociales importantes es imposible establecer comparaciones mediante un orden de consideraciones de Pareto-preferencia (a lo largo de una curva de contrato, habitualmente los cambios sociales dejan en mejor posición a algunos sectores a expensas de otros que quedan en peor posición). Esto también es cierto con respecto a las transacciones “voluntarias” ya que en general habrá terceros afectados. Supongan que a las mujeres les estaba prohibido anteriormente cierto trabajo, pero que ahora se levanta la prohibición. Las mujeres que comienzan a trabajar en ese empleo ganarán por un intercambio más amplio de oportunidades, y lo mismo ocurrirá con sus empleadores. Pero los empleados anteriores (varones) resultarán afectados en forma adversa, y no tienen ningún título legal para retener sus condiciones laborales previas. Resulta una afirmación típica en economía que éstas son *externalidades pecuniarias* que tienden a compensarse a nivel agregado. La pérdida de los varones (por recibir salarios más reducidos) será exactamente compensada por la ganancia de sus empleadores (por no tener que pagar un salario más elevado). Sin embargo, si no hay compensación algunos quedarán peor que antes; la remoción de una barrera artificial al comercio, luego, no constituye en general un cambio que será estrictamente Pareto-preferido. Para sortear esta dificultad, se propuso el concepto de cambio social “potencialmente Pareto-preferido” (PPP). Si el bienestar de cada uno puede ser escalado en términos del tamaño del pastel que consume, cualquier manera de aumentar el tamaño del pastel agregado de la sociedad satisface el criterio PPP. Un pastel más grande podría ser vuelto a dividir de modo que todos salgan ganando (o, por lo menos, de manera que algunos salgan ganando sin que nadie pierda). Más en general, el criterio PPP es satisfecho por cualquier cambio tal que los ganadores puedan (aunque no lo hagan) compensar a los perdedores. En la literatura económico-legal moderna, a estos cambios se los llama movimientos en dirección hacia la “eficiencia”. Si se

encuentra una posición final en la cual no quedan más cambios PPP por hacer, se la llama simplemente “eficiente”. Hirshleifer identifica tres tipos de problemas éticos e ideológicos: a) el *voluntarismo*: *El criterio PPP invalida el disenso*. Aquí aparece una ironía de la historia del pensamiento: quienes abogan por el mercado sostienen usualmente que éste es la forma de alcanzar la eficiencia económica sin medidas compulsivas o dictadura; sin embargo podemos apreciar que las transacciones de mercado serán desplazamientos sin ambigüedad hacia la eficiencia si dejamos de lado interpretaciones estrictamente voluntaristas de lo que significa “eficiencia”. En efecto, un énfasis excesivo sobre la prominencia del criterio de eficiencia, en el sentido PPP no voluntarista, abre las puertas a procesos sociales brutales que aún operan con arreglo a la regla PPP; b) la *consagración del status quo*: ¿Por qué habría que otorgar al punto de partida una posición privilegiada en el pensamiento social, dado lo que ello significa en materia de distribución de la riqueza y del talento? El criterio PPP está menos atado al status quo, ya que es compatible con desvíos desde allí que no cuenten con la unanimidad. Sin embargo, aún este criterio puede depender de la posición inicial. Un ejemplo que ha recibido atención es el *problema de la reversión de Scitovsky*; c) *preferencias intrusivas* Si algunos individuos tienen preferencias no definidas según su “propio interés”, por ejemplo, reducir las barreras al trabajo femenino en las minas de carbón puede ser considerado un hecho perturbador por terceros, aún cuando *no* se vean afectados en términos materiales. ¿Deberían tomarse en cuenta esas preferencias, ya sea con el criterio estricto de Pareto o con el criterio potencial (PPP)? Si supongo que los individuos están dispuestos al pago (sacrificando recursos propios o consumo potencial) para favorecer sus preferencias “intrusivas”, no parece existir ninguna base para dejarlas al margen. Sin embargo, cuando se toman en cuenta preferencias que no están definidas según el interés propio, ya no se puede concluir que el intercambio voluntario conduzca necesariamente a la eficiencia aún en sentido PPP. Por ello, los criterios de eficiencia no son totalmente seductores. Ésta es una conclusión menos peligrosa para los que dudan sobre la perspectiva de una reconstrucción social deliberada de la eficiencia (o de cualquier objetivo social) en forma más o menos consistente con un enfoque evolutivo de los fenómenos sociales. Pero, en materia de análisis positivo, revela dificultades que explican parcialmente lo obstinado de lograr que se acepte públicamente el argumento de eficiencia de los pensadores de L&E modernos. El capítulo prosigue con una breve síntesis de las ideas centrales de la teoría de la evolución. El principio adaptativo sugiere que el entorno externo debe gobernar en última instancia el proceso evolutivo. Pero la evolución biológica es oportunista y opera con los materiales que tiene a mano. Los materiales internos disponibles – las instrucciones genéticamente codificadas – fueron moldeados por gran variedad de cambios pasados irreversibles. Estas transformaciones en su momento tal vez respondieron a los requerimientos ambientales entonces vigentes, pero las que persisten hoy en día son restricciones más o menos recalcitrantes al cambio adaptativo. A pesar de ello, en la naturaleza hay ejemplos extraordinarios de evolución en paralelo, por ejemplo cuando rasgos usualmente asociados con los peces evolucionaron en forma independiente en diferentes taxones en distintos entornos acuáticos, incluyendo a mamíferos (focas, ballenas), peces (pingüinos), y lagartos (iguanas marinas). También hay fracasos en la evolución paralela: no hay nada comparable con los canguros fuera de Australia, pese a que existen amplias zonas geográficas en que especies como ésta podrían adaptarse perfectamente. Otra restricción al principio adaptativo es que lo que resulta adaptativo para el organismo individual (y sus descendientes) puede no serlo para la especie. La ligereza de sus patas permite que la gacela escape del león, pero el beneficio de ser excepcionalmente ligera puede ser que el león se coma a otra gacela. Si las gacelas pudieran adaptarse mediante cooperación grupal, presumiblemente se habría producido una menor evolución que la que se produjo en materia de aceleración, con un mejor resultado para la especie. La adaptación grupal resulta imperfecta en estos casos porque el pago biológico de la competencia reproductiva depende principalmente de los logros relativos. Un organismo puede salir adelante en términos evolutivos ya sea sobreponiéndose a sus competidores, sea empujando hacia abajo a éstos: Para entender la conducta de los organismos, incluso los nuestros, resulta

crucial entender que en términos evolutivos, el éxito en la reproducción siempre es relativo; de ahí que el esfuerzo de los organismos por alcanzar algo siempre sea con relación a los demás y no hacia algún objetivo cuantificable u óptimo. El énfasis evolutivo sobre la competencia reproductiva relativa tiene importantes implicancias para la cuestión de eficiencia ya discutida. Si fuera estrictamente cierto que sólo cuenta el estatus relativo, el concepto de eficiencia no tendría sentido. Si el adelanto de una parte significa automáticamente que otras partes pierden, no hay cabida para un beneficio mutuo, real o potencial. A continuación se ilustra con ejemplos tomados de teoría de los juegos (haciendo una jugosa aplicación de temas tratados por Maynard Smith) algunos patrones típicos de cooperación y de conflicto, destacándose que no son conceptos antagónicos: la trampa de la coordinación, el juego del gallina, el juego del halcón y la paloma, el dilema del prisionero, la batalla de los sexos; se analizan vías de huida del dilema del prisionero, y se destaca que hay una vía de huida válida mediante la reciprocidad o el intercambio contractual: cada parte se compromete a actuar en forma cooperativa, siempre que la otra también lo haga. El Teorema de Smith actúa potencialmente tanto en el Dilema del Prisionero como en todas las situaciones mixtas de cooperación-conflicto. Luego son examinadas tácticas discriminatorias como el nepotismo. Los biólogos han dedicado mucha atención a la cooperación entre las formas vivientes, bajo el rótulo de altruismo, como excepción a la regla de reproducción competitiva en la naturaleza. El término psicológico o ético altruismo, sin embargo, es una elección desafortunada para lo que podría ser descrito mejor como ayudar. Los ejemplos más claros de conducta de ayuda están asociados al parentesco (o nepotismo). Los padres se interesan por su descendencia, y que la sangre es más espesa que el agua es una observación común en la naturaleza y en asuntos humanos. Al menos hasta cierto punto, el parentesco parece facilitar una salida al Dilema del Prisionero. ¿Cómo funciona el mecanismo? ¿Podrían ser aplicados mecanismos análogos a otras formas de ayuda mutua? Podemos ver a una población en la cual hay un “gen para ayudar” H compitiendo con un “gen para no-ayudar” N. Se podría pensar que los que no ayudan siempre harán free-ride con los que ayudan, de manera que el gen H nunca será viable. Pero se aprecia que ayudar puede ser viable a pesar del free-ride si las circunstancias ecológicas permiten un grado suficiente de discriminación para que la ayuda se encamine hacia los que ayudan. El parentesco es uno de los mecanismos que facilita una base para realizar dicha discriminación. En este punto del capítulo he brindado una breve introducción a la lectura de Richard Dawkins, en particular a su libro sobre el El Gen Egoísta. Otros juegos son analizados, destacándose en particular el modelo del *rotten kid* debido a Gary Becker, que es un teorema sobre la interacción social. Luego se analiza el rol de la competencia en la naturaleza y en la economía. En todas sus formas, la competencia en la naturaleza tiende a ser tanto antisocial así como un derroche de recursos. Sin embargo el economista ve a la competencia como una fuerza armonizadora, que conduce a la eficiencia productiva. ¿Qué características de la competencia de mercado lo hacen posible? 1) bajo las instituciones idealizadas de la economía política sólo las formas más inocuas de competencia como pelea se permiten en un mercado. Cuando un hombre de negocios encuentra un cliente para su producto o un proveedor del insumo necesario, en realidad está agotando la dotación del recurso para otros hombres de empresa. Pero no está permitido hacer saltar por el aire al negocio de su rival (interferencia), o armar stocks en su propio almacén asaltando los stocks de otro (depredación). 2) siempre bajo condiciones ideales, las externalidades adversas que el hombre de negocios impone a sus competidores son meramente pecuniarias, como vimos más arriba. Un competidor menos exitoso puede verse obligado a bajar el precio cotizado a sus clientes, o aumentar el precio ofrecido a sus proveedores, pero estos efectos se compensan en términos de eficiencia. Otra forma de verlo es observar que la competencia de mercado para el economista no tiene dos sino tres interacciones. El competidor del mercado compite no solamente contra uno rival, sino también por la oportunidad de lograr un intercambio con otros que sea mutuamente ventajoso. La ganancia de los terceros en esta “competencia disputada” compensa cualquier pérdida que sufran los competidores. En la competencia entre dos partes de “tomar”, en contraste, no hay tal beneficio compensatorio. En lo

que concierne a la eficiencia, la diferencia realmente útil está no a lo largo de la dimensión pelea-interferencia-depredación sino se trata más bien de la dicotomía entre disputar y tomar en forma competitiva. La competencia por toma es más habitual en la naturaleza, aunque también se han desarrollado ejemplos de lucha competitiva. En materia de competencia sexual hay dos modos principales de resolver la rivalidad por las hembras: (1) el combate entre machos y (2) la elección de las hembras. El último modo está más próximo a lo que el economista considera como un intercambio mutuamente ventajoso. Cuando las hembras eligen, los machos posponen el “derecho de propiedad” de aquéllas por su propia capacidad reproductiva, de la que dispondrán a su opción considerando al macho más deseado. A nivel humano, tomar en su versión extrema es la modalidad de competencia como en los duelos de supervivencia de Roma vs. Cartago, o de Ike Clanton vs. Wyatt Earp. Esta competencia, obviamente, tiende a adoptar métodos ineficientes e incluso violentos. Otra forma de competencia, menos brutal, es la búsqueda de rentas. Para lograr un estado ideal de eficiencia, los derechos de propiedad sobre todos los recursos deberían ser pre-asignados y respetados. Si están ausentes estas condiciones habrá esfuerzos “excesivos” en adquirir activos (si pueden ser secuestrados) o apoderarse de sus frutos (si no pueden serlo). Estos esfuerzos incluyen actividades ilegales como el robo. Tomar recursos puede suceder, también, porque no hay derecho que sea relevante, como cuando las naciones disputan por cuestiones de poder o de territorialidad. Finalmente, la competencia de toma puede tener lugar aún bajo una situación de derecho imperante (que puede ser considerada como una “imperfección” del ordenamiento legal). Un ejemplo es la búsqueda de recursos no descubiertos (petróleo, peces, ideas, patentables o no). Esta búsqueda no constituye un derroche puro. Incrementa el acervo de recursos comunitarios socialmente útiles, pero el esfuerzo invertido en su búsqueda tiende a ser excesivo. Las costosas discusiones de la política redistributiva, por otra parte, son ineficientes sin calificación alguna. Algunas conclusiones generales de este valioso ensayo de Hirshleifer son las que se enumeran a continuación: las leyes humanas están sujetas a las reglas más profundas de la Naturaleza. La primera de estas reglas es que todas las formas vivientes se encuentran enfrentadas en competencia reproductiva entre sí. Empero, la segunda regla natural estipula que en general es más efectivo que los organismos separados se junten y se comprometan en asociaciones cooperativas. Pero estas alianzas serán secundarias y contingentes, al menos porque: (1) la cooperación grupal es sólo una manera más efectiva y despiadada de competir contra los de afuera; y (2) nunca existe perfecto paralelismo entre los miembros de un grupo, por cuyo motivo la cooperación debe sostenerse en general mediante sanciones para castigar la conducta “antisocial”. Las formas de asociación exhiben una gran variabilidad del grado de cooperación. Lo que parece una unidad social puede ser solamente un “rebaño egoísta”: el término se refiere a animales que buscan la protección contra depredadores desplazándose al centro de la manada, y dejando a otros con mayores riesgos en la periferia. En tal caso no existe ningún elemento de cooperación. El análisis de teoría de los juegos sugiere dos posibles situaciones que sirven como precursoras del derecho, interpretado como un sistema de represalias que disuaden de seguir una conducta no-cooperativa: En el ambiente relativamente benigno del juego del Halcón y la Paloma, la regulación de la conducta es igualitaria y descentralizada. En el ambiente más severo del Dilema del Prisionero, es jerárquica y centralizada. En cada caso aparece una “ética social”, en el sentido de que se requiere que una o más partes tengan una conducta que no se encuentra en línea con su interés privado en términos de la situación inmediata. La solución Burguesa del Halcón y la Paloma puede generalizarse a una población de cualquier tamaño, en la que cada todos poseen alguna propiedad o territorio que se preparan para defender. La solución del Ejecutor del Dilema del Prisionero también puede extenderse a un grupo de cualquier tamaño, donde todos están ubicados en un ranking con respecto a los demás. Acerca de la evolución histórica del derecho cabe consignar lo siguiente: varios historiadores y filósofos del derecho han considerado que éste sigue un curso de cambio evolutivo, para lo cual es útil recordar que la evolución del derecho debe ser considerada en forma simultánea con la evolución de las formas sociales. La gente muy primitiva vivía en bandas

pequeñas basadas primariamente en economías cazadoras. Luego emergieron la agricultura y el tratamiento de las pasturas, seguidos finalmente por la industria. Un aspecto menos familiar es que también hubo un período importante en los tiempos históricos en el que hubo depredación sobre otros grupos humanos. En respuesta a los adelantos técnicos acumulados y a otras fuerzas – como el cambio climático, el crecimiento de la población, la presión de depredadores humanos y no humanos – la escala de las asociaciones humanas creció a través del tiempo, culminando eventualmente en la gran nación-estado moderna basada en la actividad económica diversificada y la división del trabajo. Las leyes características de la época en que la mayor parte de la población mundial vivía dispersa distribuida en bandas de cazadores tienen que haber sido distintas de las leyes que tenemos hoy, cuando la mayor parte de la gente vive en poblaciones urbanas en grandes estados nacionales. El derecho da respuesta a los grandes cambios sociales que regulan las economías y los estados. Pero, al menos hasta cierto punto, los propios sistemas legales son los que traen estos cambios. Por ejemplo, el comunismo marxista como sistema legal no demostró constituir un sistema de derecho conducente al adelanto económico, pero fue muy efectivo en organizar y utilizar la fuerza militar contra sus enemigos internos y externos, permitiendo su enorme extensión en todo el planeta. Teniendo en cuenta lo anterior, los historiadores tradicionales del derecho se han inclinado por aceptar que la tendencia dominante evolutiva va desde las leyes aptas para una comunidad frente a frente hacia un sistema legal capaz de regular la vida pública impersonal entre extraños. En La República de Platón, Trasímaco expresa que “la Justicia actúa según el interés del más fuerte”. Interpretado como un enunciado positivo (no normativo) resulta difícil no asignar cierta validez a la afirmación del sofista. Cuando hay fuertes asimetrías de poder en la población, aún antes de definir la forma de asociación, resulta más probable que el extranjero sea capaz de establecer un sistema jerárquico en el que puede cosechar la mayor parte de los beneficios mutuos, como sugirió Trasímaco (por otro lado, como los individuos que pugnan por dominar pueden no lograrlo, sufriendo un daño en el proceso, el pago promedio de una estrategia “pretendiente al poder” puede no ser mayor que el de una estrategia de “aceptar la inferioridad”.) También hay una ética social asociada con la Regla de Hierro de la dominación. En los juegos se aprecia que la buena conducta del subordinado debe ser premiada, aunque ello esté en contra de los intereses inmediatos del Ejecutor. En contextos más generales (donde se permiten estrategias de lesiones en la disputa por la posición más elevada), también se observa que los animales luchan con medios convencionales, con frecuencia sin usar sus armas más letales. Los animales vencidos no luchan a muerte, y es aceptada su sumisión. En el juego del Halcón y la Paloma, se aprecia que una estrategia Burguesa, en las condiciones supuestas, constituye un equilibrio evolutivo. La estrategia de luchar para defender la propiedad de uno pero ceder ante los derechos de los demás siempre es superior a buscar la ganancia de corto plazo (Halcón) o ceder siempre (Paloma). La territorialidad que se observa en la naturaleza ejemplifica esta estructura. La ética Burguesa desempeña sin duda un papel aún a nivel humano, y no conduce a formas más afirmativas de cooperación grupal. En teoría de los juegos se sugirió que las coaliciones igualitarias fuerzan a la buena conducta por medio de ética social o de agresión moralista. En tales casos, emociones como la indignación pueden haber evolucionado para sobreponerse a la desventaja de corto plazo de estar envueltos en castigos de los ofensores por terceros. La conducta social de los seres humanos está sujeta a muchas otras influencias, algunas ya mencionadas. En particular, el parentesco como fuente de acción cooperativa o aún de auto-sacrificio siempre tuvo gran importancia histórica; al estar determinado en forma universal, es poco probable que pierda su influencia. Las sociedades humanas tempranas estaban constituidas por parientes cercanos (aunque la exogamia fue una fuerza de contrapeso que fijó límites a la xenofobia). Las asociaciones más amplias a la familia tienden a sostenerse por ideologías que simulan relaciones familiares: el individuo dominante en una sociedad jerárquica se transforma en “el padre de su país”; en una sociedad igualitaria, los participantes son “hermanos”. Se tiene la sensación de que la cultura permite a los humanos el auto-engaño, en distintas formas que a menudo, aunque no siempre, son socialmente productivas.

El pensamiento reciente ha sugerido que el proceso mediante el cual el derecho cambia, para redistribuir los derechos de propiedad establecidos, no es esencialmente distinto del proceso de Coase, de intercambiar derechos bajo determinadas condiciones iniciales de títulos de propiedad. Ello resulta claro cuando se aprueba en forma unánime un cambio legal, ya sea porque beneficia directamente a todos o porque se pagan compensaciones adecuadas. Un ejemplo posible es la privatización de los derechos de caza de animales con piel que tuvo lugar entre ciertas tribus indígenas de Norteamérica. Este cambio se realizó luego de la llegada de comerciantes europeos que abrieron así un amplio mercado para las pieles, aumentando las ganancias sociales que se podían alcanzar dejando a un lado el ineficiente régimen previo de derechos de propiedad en común (ver capítulo XIV). El caso más difícil, que constituye (con raras excepciones) el de mayor preocupación, es cuando el cambio del derecho favorece a ciertos individuos y perjudica a otros. La “economía del bienestar” tradicional consideró a este proceso en forma benigna con un aparato de gobierno paternalista que extrae el saldo de consideraciones de equidad versus las de eficiencia a la luz de las circunstancias externas cambiantes. Todo parecía requerir cierto grado de optimismo, dado que se esperaba una mejora de la comprensión analítica al respecto, a lo cual cabría añadir que muchos economistas estarían trabajando a todo nivel de gobierno. En contraste, la “nueva economía política” es mucho más pesimista. Considera a todos los actores de la escena política – votantes, legisladores, burócratas, y aún los jueces – como tomando decisiones a efectos de maximizar su utilidad personal sujeto a restricciones impuestas por las leyes e instituciones (y la conducta de otros actores). Aunque podría ser teóricamente posible rediseñar las restricciones de obligaciones y derechos de manera de conducir a un resultado más eficiente, no parece existir ninguna razón particular para suponer que tales mejoras se impongan. (Éste será el contenido de los capítulos XVIII y XIX.) Una de las ideas más excitantes de los años recientes es la afirmación de que, después de todo, *el derecho tiende a evolucionar a la eficiencia*. (Ésta es la versión positiva, no normativa, del teorema de Posner mencionado.) Evoluciona supuestamente no por la sabia benevolencia de los legisladores, sino como resultado inevitable del proceso conflictivo de los pleitos. Pero según Hirshleifer este argumento hace agua. Si bien es sustentable la postura de que los resultados judiciales o políticos están determinados en última instancia por la fuerza (por presiones a decisores), hay una débil relación entre la fuerza relevante de los resultados y los costos y beneficios subyacentes impuestos a los individuos. Algunas conclusiones más específicas: 1) La tradición central del razonamiento económico pone énfasis en la armonía de intereses entre los hombres. Guiados por la Mano Invisible, aún individuos completamente egoístas cooperarán para alcanzar los beneficios mutuos de comerciar. Los economistas han prestado mucha menor atención al conflicto y a la agresión, al intento de obtener beneficios por cuenta propia a expensas de los demás, aunque estos aspectos de la conducta pueden ser analizados en términos totalmente económicos. 2) Los enfoques económicos recientes del estudio de las interacciones políticas reflejan una inclinación similar hacia la armonía en vistas del problema político como uno de “elección colectiva” más que como una disputa fundamental por el poder y la dominación. Según la hipótesis del capítulo, el derecho es un sistema coactivo impuesto sobre el más débil por la parte más fuerte, o al menos representa un balance de presiones entre partes que disputan lograr o resistir a dicha dominación. 3) El enfoque evolutivo sugiere que este enfoque sombrío o siniestro puede ser real. Como generalización que abarca a todas las formas vivientes, la reproducción competitiva es el primer imperativo de la Naturaleza. Además, en última instancia no hay nada prohibido— todos los medios serán empleados en esta competencia, siempre que uno u otro de los contendientes lo halle ventajoso. 4) Sin embargo, en una multitud de formas y a todo nivel de la vida los organismos han encontrado ventajoso reunirse juntos en patrones de asociación cooperativa. Pero esta cooperación siempre será secundaria y contingente. 5) Desde este punto de vista, la prueba definitiva de la ley constitutiva de cualquier grupo es ver si logra que el grupo se transforme en un competidor colectivo más efectivo. Una de las principales preocupaciones del derecho siempre debe ser impedir la subversión interna del esfuerzo colectivo de los miembros que persiguen sus intereses privados. 6) Dentro de esta

interpretación, eficiencia significa solamente una medida de fuerza del grupo o ventaja relativa con respecto a grupos competitivos en la lucha por la vida y los recursos. Formar un cártel puede ser una forma eficiente de actuar de un grupo de empresas, aunque el saldo neto sea adverso cuando se toman en cuenta también los intereses de los consumidores. Resultados eficientes para nuestro país pueden ser hostiles para el bienestar de otros pueblos; los beneficios para la especie humana pueden ser alcanzados a expensas de otras formas de vida. Una medida universal de eficiencia sería injustificable; en algún lado hay que trazar la línea entre “nosotros” versus “ellos”.

7) Conseguir conducta cooperativa o ayudante de individuos con motivaciones mixtas dependerá en última instancia de la situación ecológica (pagos por interacciones hostiles vs amistosas). En este capítulo se analizó en forma sistemática el caso más simple: encuentros aleatorios diádicos en una población homogénea, donde los individuos sólo enfrentan una elección binaria entre una estrategia más y otra menos cooperativa. Pasando a la economía: 1) La imagen del “hombre económico” ha sido denunciada hasta el hartazgo, pero el enfoque evolutivo sugiere que el interés propio es en última instancia la motivación de toda la vida. Hay que hacer, no obstante, algunas calificaciones, entre ellas que la piel de los parientes es, en sentido genético, parte de uno mismo. 2) El “imperialismo económico” – usar los modelos analíticos de la economía para estudiar toda forma de relación social en lugar de concentrarse sólo en interacciones de mercado de decisores “racionales” – es asimismo totalmente consistente con el enfoque evolutivo. Todos los aspectos de la vida están gobernados por la escasez de recursos. Pero al usar los instrumentos poderosos del análisis económico no debemos tener en forma inconsciente preconceptos armoniosos, que son válidos dentro del dominio de intercambios mutuamente ventajosos, en las esferas de las luchas por el poder y la dominación. La política y el derecho se ocupan mayormente de esto último. 3) Es posible que esto sea desconcertante, pero el enfoque evolutivo también sugiere... ¡que los mercantilistas no estaban tan equivocados! Al no apreciar el significado de la ventaja del intercambio mutuo, consideraron al comercio esencialmente como un instrumento al servicio de la lucha internacional por el poder. La ventaja mutua es algo muy simpático, pero el comercio debería ser considerado en forma sospechosa si fortalece a un enemigo potencial en guerra. En cuanto al derecho: 1) En el debate entre los derechos naturales y las filosofías del contrato social – es decir, entre los que ven a la asociación bajo una ley como fundamental e intrínseca al hombre, y los que la consideran meramente como una opción contingente y pragmática – el enfoque evolutivo sugiere una tercera posición. La conducta social humana es enormemente variable. Que el hombre es un animal social, a menudo capaz de un gran heroísmo y auto-sacrificio, tal vez sea cierto de todos los seres humanos. También es cierto de los otros hombres, o quizás de los mismos hombres en otras épocas, que se ayuden unos a otros en la medida que sean ayudados por los demás. Y en verdad lo último es más cierto, dado que la ética social arraigada es viable sólo si es compatible en última instancia con una ventaja egoísta. 2) El análisis sugiere que el derecho, en sentido de control social coactivo del comportamiento de grupos subversivos, tiene dos formas elementales, y que cada cual corresponde a una estructura social asociada. La primera es jerárquica, con control del jugador jefe comprometido con una estrategia de amenaza o de promesa. La segunda forma es igualitaria, con control a cargo de la agresión moralista de un tercero. Estos elementos se interrelacionan de forma muy compleja en toda sociedad real. 3) Los procesos contradictorios del derecho engendran cierta tendencia hacia soluciones eficientes, dado que los que sostienen las reglas legales más productivas pueden “cotizar más alto” en la lucha para establecer precedentes. Pero no se puede pedir demasiado. Por una parte, idéntico conflicto es probable que conduzca a una costosa “carrera armamentista” a medida que cada parte busca movilizar sus fuerzas. 4) El denominado “mensaje Smith-Coase” dice que en un sistema de derecho efectivo, existirá una tendencia continua a buscar y lograr todos los intercambios que sean mutuamente ventajosos. ¿Es posible generalizar este mensaje a un mundo de derecho imperfecto, o en el cual no hay derecho? La armonía del argumento panglossiano, que los economistas están predispuestos a favorecer, es que si existe alguna ventaja mutua se puede esperar un progreso continuo hasta alcanzarla. Hemos visto en diversos

puntos de este capítulo que esto no es así. En todo momento, cada agente que toma decisiones sopesará el atractivo de la cooperación y de las estrategias de conflicto – buscando por un lado la ventaja mutua, y por la otra la ventaja unilateral a expensas de los demás. Y la última es la fuerza evolutiva más fundamental; en última instancia; la asociación cooperativa es sólo un medio para competir más efectivamente en contra de otros en la lucha por la supervivencia reproductiva.

Dada la importancia de estos resultados, estos temas son retomados en el capítulo XVII (*Los Puntos de Vista Económico y Sociobiológico*). Allí son repasados algunos aspectos básicos del enfoque económico del análisis de la conducta humana, para terminar con una comparación más sistemática entre la economía y los modernos enfoques de la biología. En una primera sección, la economía es analizada como ciencia que puede aplicarse a los comportamientos humanos más variados. La posición más categórica en esta materia la sostiene Gary Becker, quien afirma que llegó al convencimiento de que el enfoque económico es aplicable a toda la conducta humana, ya se trate de un comportamiento bajo precios monetarios o precios imputados; sean decisiones repetidas o infrecuentes, importantes o menores; objetivos emocionales o mecánicos; personas ricas o pobres; hombres o mujeres, adultos o niños; brillantes o estúpidos; pacientes o terapeutas; empresarios o políticos, profesores o alumnos. Como las ciencias físicas, usa una metodología que produce implicancias refutables y además somete a contraste a estas implicancias usando sólidas técnicas estadísticas. La economía subraya tres factores que la distinguen de otras ciencias sociales: a) los economistas están acostumbrados al constructo de individuos racionales que emprenden una conducta optimizadora; b) los modelos económicos adhieren estrictamente a la importancia de la noción de equilibrio en cualquier segmento de la teoría; c) finalmente, los economistas, al concentrarse en temas de eficiencia, pueden formular preguntas ignoradas por otras ciencias sociales. Estos ingredientes le han permitido a la economía invadir territorio intelectual que antes era considerado fuera de su alcance. Un corolario de la maximización es que, en el margen de decisión siempre aparecen trade-offs. La noción de que no hay free lunch es central en economía. El concepto simple, si bien crucial, de costo de oportunidad, está detrás de la capacidad de la economía de ser generalizada a otras áreas. Los economistas siempre ponen énfasis sobre la elección. El enfoque económico ve a la conducta humana como buscando la satisfacción máxima de las preferencias individuales, en función de los limitados recursos de que se dispone. A esta premisa se la ha llamado postulado de racionalidad, que es un nombre algo desafortunado, porque sugiere más cálculo y frialdad del que normalmente suponemos en nuestros amigos y parientes. El paradigma del hombre maximizador constituye la piedra angular del enfoque económico. No es de extrañar, entonces, que haya sido objeto de gran debate en cuanto a sus fundamentos y aplicaciones. El empleo de dicho paradigma por parte del enfoque económico implica que éste adopta el postulado del individualismo metodológico. El enfoque económico no desconoce la complejidad de algunas evaluaciones de costos y beneficios de determinadas decisiones. La ciencia económica ha estudiado recientemente la existencia de costos complejos de adquirir información y efectuar transacciones, algunos invisibles e incluso psíquicos. Muchas conductas aparentemente irracionales pueden explicarse haciendo uso de dichos conceptos. En particular, la teoría de la información enseña que hay un monto óptimo de información para cada individuo, de manera que sus decisiones son adoptadas siempre en un marco de parcial ignorancia. Del mismo modo, la existencia de costos de transacción explica por qué han surgido determinadas instituciones, costumbres y tradiciones que, de otro modo, estarían reñidas con el enfoque económico. De hecho, el postulado de racionalidad no exige sino un mínimo de consistencia en la conducta humana. Semejante lógica puede ser producto de la acción deliberada de individuos inteligentes o fruto de un proceso subconsciente. El paso siguiente en el desarrollo de una metodología para generar predicciones es adoptar algunos supuestos que particularizan al enfoque económico. Para ganar poder predictivo es necesario perder generalidad. Los supuestos más importantes son: i) la estabilidad de las preferencias y ii) la flexibilidad de las mismas. Otro instrumento igualmente importante es la derivación de las curvas

de oferta y demanda de un mercado, que permiten formular distintos tipos de análisis: de cálculo del equilibrio (cuando se dispone de una medición razonable de sus parámetros, obtenida por métodos econométricos), estática comparativa (que nos permite apreciar cómo se desplazará en forma cualitativa la cantidad y el precio de equilibrio de un mercado, ante el cambio producido en algún parámetro del sistema o alguna variable exógena, como los impuestos fijados por el legislador), o del comportamiento dinámico de las variables del sistema de oferta y demanda (por ejemplo, un caso muy conocido es el que se aprecia en el modelo de ajuste rezagado de la telaraña). Finalmente, el concepto de eficiencia no es una apología del status quo. Se trata de un concepto que, junto al de equilibrio, lleva a que los economistas hagan cierto tipo de análisis. Si los economistas modelan una situación y el equilibrio resultante es ineficiente, hay habitualmente intercambios que podrían haber ocurrido y que están implícita o explícitamente dejados fuera de consideración. El analista o sus críticos deben preguntarse por qué motivos y qué mercados u otras instituciones podrían surgir para poner remedio a la situación. Luego, el énfasis sobre la eficiencia, combinado con la noción de equilibrio, impide que el economista se conforme con respuestas a medias o verdades parciales. La noción de que la eficiencia es un resultado natural motiva una serie más amplia de preguntas y conduce a un análisis más profundo. También permite que el economista formule enunciados claros, no ambiguos, aunque los supuestos que están detrás de la economía del bienestar se presten a controversia. Con todo, la optimalidad de Pareto es un concepto claro y bien definido que permite hacer un enfoque riguroso de cuestiones sobre las cuales otras disciplinas sólo pueden retorcerse las manos. El método económico nos ayuda a comprender y predecir la conducta humana en un amplio rango de situaciones. Este conocimiento es de vital importancia para el diseño de instituciones y políticas. Así ocurre en las ciencias naturales. El conocimiento de las propiedades de los suelos y de la resistencia de los materiales permite a los ingenieros civiles predecir bajo qué circunstancias un determinado puente permanecerá en pie o se derrumbará. Estas predicciones son de gran valor para el diseño de un puente y, con seguridad, el ingeniero será capaz de formular recomendaciones acerca del mejor modo (en el sentido de mayor estabilidad) de construir un puente. En una situación semejante se hallan normalmente los economistas. En su calidad de ingenieros sociales, los economistas recomiendan políticas e instituciones que califican de eficientes. El uso de dicho término a veces confunde. El sentido que le dan los economistas, es el de servicio de determinados objetivos. Surge entonces la duda de si los economistas presuponen determinados objetivos en sus recomendaciones. En esta labor, hay muchos malentendidos. Hay quienes suponen que la opinión económica pretende ignorar otras consideraciones (morales, políticas, culturales e históricas) al juzgar políticas e instituciones. Nada más alejado de la verdad. Así como el aporte del ingeniero civil a la construcción de un puente es parcial, en el sentido de que la decisión final debe considerar elementos extra-ingenieriles, como los aspectos legales, financieros y estéticos, también la contribución de los economistas debe ser completada por otras ciencias y disciplinas. Como señaló Arnold Harberger: "...el programa o proyecto que es sujeto a un análisis de economía del bienestar aplicada, es probable que tenga características acerca de las cuales el economista no está profesionalmente calificado para pronunciarse, y acerca de las cuales un economista no está profesionalmente calificado para juzgar la opinión de otro. Estos elementos [...] pueden ser extremadamente importantes, incluso ser los factores dominantes que gobiernan la decisión de política, pero no son parte del paquete de conocimientos que distingue al economista profesional del resto de la humanidad. Si hemos de tener (justificadamente, espero) orgullo profesional por nuestro trabajo, debemos también tener la modestia y honestidad de no atribuirle a nuestra profesión más de lo que es capaz de dar. Pero esto no significa que debamos callar ante materias que están fuera del campo de nuestra especialidad; los economistas deberían probablemente participar más que menos en la discusión pública de dichas materias, pero ojalá en un contexto que reconociese la naturaleza extra-profesional de tales intervenciones". Cabe agregar que si bien es cierto que la aplicación del enfoque económico no significa opacar los criterios extraeconómicos que deben considerarse en el diseño de instituciones y políticas, la

experiencia latinoamericana demuestra que ignorar el aporte económico, por modesto y rudimentario que parezca, puede desvirtuar seriamente la naturaleza de tales políticas e instituciones. Pasando ahora al aporte de la sociobiología – un campo científico de desarrollo reciente que investiga las bases biológicas de las conductas sociales de los animales como la cooperación, la agresión, la territorialidad, los sistemas sociales y la elección de pareja. Intenta ampliar el concepto de selección natural a los sistemas sociales y a la conducta social de los animales, incluidos los seres humanos – los sociobiólogos han razonado que los patrones de conducta con los que se nace se modifican, e incluso desaparecen, en el transcurso del proceso de selección natural. Postulan que tanto el comportamiento animal como el comportamiento humano no pueden ser explicados satisfactoriamente sólo tomando en cuenta factores culturales y ambientales. La teoría supone que para entender el comportamiento de las especies animales, hay que analizarlo bajo la lupa de sus orígenes evolutivos. Wilson, el fundador de esta perspectiva en zoología, demostró que los organismos altruistas sobreviven por reproducción favorecida de sus genes altruistas; cuando la estrategia de los altruistas no favorece la supervivencia de sus individuos entonces predominan los no altruistas y aumenta su número en la población. Los individuos altruistas, en términos humanos, practican la ética de que *la caridad empieza por casa*, con buenos resultados en tanto que repercute favorablemente en la supervivencia del grupo. Las premisas de la disciplina son la herencia de atributos de comportamiento y la acción de la selección natural sobre esta herencia; los atributos deben actuar en pro de la adaptación al entorno. Tomando como referencia las categorías de comportamiento animal de Nikolaas Tinbergen, el análisis sociobiológico puede clasificarse en explicaciones a nivel especie y nivel individual. Las categorías según especie consisten en la función adaptativa del comportamiento y el proceso evolutivo detrás de esta funcionalidad. Las categorías a nivel del individuo son su desarrollo y el mecanismo de comportamiento que le corresponde. Los sociobiólogos se interesan en cómo el comportamiento se explica mediante presiones selectivas en la historia de las especies. Les concierne entonces el comportamiento instintivo o intuitivo y se hace énfasis en las semejanzas entre poblaciones animales. Cabe indicar que esta disciplina también tiene sus críticos. Como hemos visto en el capítulo anterior, las interacciones entre economía y sociobiología son marcadas. Para apreciarlo, conviene tener en cuenta que los conceptos de escasez y de costo de oportunidad son principios universales, a los cuales cabe agregar los principios bio-económicos de competencia y selección. *Charles Darwin, dice Hirshleifer, pensaba como un economista.* Uno de sus conceptos preferidos era la economía de la Naturaleza, y al analizar el funcionamiento de los mecanismos biológicos usó de modo regular los conceptos de escasez, competencia, costo, especialización, y división del trabajo, lo que implica que la sociobiología tiene un aspecto económico evidente. *A nivel del individuo/organismo las unidades actuantes eligen estrategias o técnicas que promueven su éxito en la lucha por más ventajas.* Estas técnicas implican un mayor o menor grado de interacción amistosa u hostil con otros individuos, pero el hombre económico u organismo sociobiológico no actuará gratuitamente para ayudar o herir, sino sólo en respuesta a lo que sea, en definitiva, una ventaja propia. Aquí la sociobiología resulta perturbadora para seguidores de Rousseau y Marx, filósofos que desean creer que la falta de egoísmo es habitual en la Naturaleza o, en todo caso, en el ser humano. El egoísmo del hombre tal como se comporta en el mundo sería una anomalía originada en malas instituciones, más que algo intrínseco al carácter esencial del ser humano. *A nivel social el análisis del resultado es un equilibrio (o un sendero de ajuste hacia el equilibrio), en el cual, en el margen, toda forma de vida superviviente y toda estrategia adoptada por las formas de vida es apenas viable, dadas las elecciones de todos los demás.* Porque si es más que apenas viable, en el margen, esa forma de vida o estrategia se multiplicará y expandirá hasta que la ley de los rendimientos decrecientes elimine la ventaja. Pero hay diferencias de énfasis o de enfoque: 1) en materia de racionalidad, cuando un biólogo habla de elegir y estrategia está usando una metáfora. Lo que sucede es que en el reino de la biología, dado tiempo suficiente, la selección natural con competencia malthusiana permite sólo la supervivencia de las estrategias más exitosas. Por

consecuente, todo pasa como si los ratones optimizaran de forma consciente. Desde el punto de vista biológico, la racionalidad es uno de los mecanismos o estrategias posibles de esforzarse por alcanzar algo – como los cuellos largos de las jirafas o la velocidad de las patas del ciervo. Algunos organismos se enfrentan con entornos donde las respuestas instintivas bastan para ser viables; otros viven bajo circunstancias tales que reservar un grado de libertad para una elección deliberada hace que se impongan en el juego de la vida. 2) Para el biólogo, la selección natural ha formateado de modo inevitable la vida en organismos como si estuvieran maximizando algo bastante objetivo y carente de ambigüedad: la supervivencia reproductiva, o *aptitud*. Los científicos sociales, y entre ellos los economistas, hallan poco atractiva la idea de que nuestros deseos profundamente arraigados y nuestros caprichos superficiales se reduzcan a servir a la aptitud biológica, a multiplicar la cantidad de descendientes. Al rechazar el reduccionismo biológico, el economista moderno dio un salto al extremo opuesto. Adopta la hipótesis de que nuestros objetivos de vida, que llama gustos, son totalmente subjetivos y arbitrarios. Becker y Stigler han sugerido un retorno a Adam Smith, que no consideraba que los impulsos fundamentales de los hombres fueran arbitrarios e inexplicables, y que comprendió que los deseos humanos son en última instancia respuestas adaptativas ajustadas por la biología y la situación del hombre en la tierra. 3) Hay una diferencia entre economía *natural* y economía *política*, que son sub-categorías de una economía *universal*. En la filosofía política tradicional, o en la historia política legendaria, el paso de la economía natural a la economía política lo daba sólo un hombre – bajo la forma del contrato social de Rousseau o de Hobbes. *La sociobiología comparada tiene la tesis de que no hay una abrupta discontinuidad de la organización social, como tampoco la hay en la forma física, entre el hombre y otras ramas de la vida*. En resumen, la división intelectual del trabajo entre biólogos concentrados en la economía natural y economistas concentrados en una economía política idealizada es inteligible, pero en el mundo real no hay separaciones tajantes. La humanidad aún vive, hasta un grado importante, fuera de la influencia de las instituciones que apoyan la cooperación de la economía política. Las interacciones de la economía natural se dan mediante procesos competitivos, disputando la base de recursos limitados que hay en el globo frente a la tendencia universal malthusiana de multiplicarse. Mediante selección natural, la biósfera se llenó de formas de vida exitosas en multiplicarse y juntarse unas contra otras para aprovechar los recursos. En tal contexto, se analizan en detalle las situaciones de interacción entre depredador y presa. Examinando uno de los casos analizados, surge un rompecabezas: parece que la competencia fuera necesariamente anti-social, ya que todo beneficio de una entidad se produce a expensas de la otra. Empero, la tradición económica desde Adam Smith siempre ha visto a la competencia como una fuerza para armonizar intereses. ¿Cómo resolver esta divergencia? Repetiremos aquí algunos argumentos ya expuestos en el capítulo anterior. Primero, para el economista la competencia se refiere a una interacción de tres caras: disputar contra un rival o rivales, pero por la oportunidad de realizar un intercambio mutuamente ventajoso con terceros. En algunos ejemplos de la competencia biológica se notan casos de este tipo, como cuando los machos compiten para aparearse con hembras en situaciones donde las hembras retienen la opción de elegir. Más frecuentemente, la competencia refleja esfuerzos bilaterales (p.ej. los machos combaten por las hembras, a las que no les queda más opción que aparearse con el victorioso). Hay ejemplos humanos típicos de esta categoría, como en los duelos de supervivencia (como se dijo, Roma versus Cartago, Ike Clanton versus Wyatt Earp). Segundo, los modos de competir pueden ser más o menos anti-sociales e involucrar más o menos desperdicio de recursos. Los biólogos entienden que conviene distinguir dos modos, la *lucha* y la *interferencia*. En la lucha los competidores se ignoran mutuamente, e interactúan sólo agotando los recursos. Los ganadores son los organismos más eficientes en extraer la energía y otros insumos del contexto externo. Los competidores que interfieren, en contraste, consiguen y retienen el control sobre los recursos combatiendo o creando dificultades a sus rivales, un proceso que evidentemente resulta ineficiente desde el punto de vista del agregado social. Bajo las condiciones ideales de las instituciones de la economía política la competencia por interferencia

no se permite. Pero también la lucha puede resultar ineficiente desde el punto de vista social, si hay un esfuerzo invertido para apropiarse del recurso que de cualquier manera hubiera estado disponible sin incurrir en costos. Ésta es la dificultad planteada en un documento de Gordon sobre pesca excesiva. Se deduce que los beneficios de la Mano Invisible no provienen de la competencia *per se*, sino de una competencia muy restringida que caracteriza en forma ideal a la economía de mercado: competir para realizar un intercambio con terceros, ofreciéndoles mejores condiciones, bajo circunstancias en donde todos los recursos tienen propiedad asignada y no hay derroche de esfuerzos en luchar para apropiarse en forma excluyente o redistribuirlos. Todo ello naturalmente requiere un sistema de leyes y derechos de propiedad, que sólo pueden surgir en la economía política. La idea menos familiar de la sociobiología, desde Darwin en adelante, es que estos patrones de organización social representan *leyes económicas universales*. Resultan de la escasez de recursos, de la disponibilidad limitada de materiales y energía frente a la ilimitada capacidad expansiva de la vida. Según se planteen la situación, distintos tipos e intensidades de asociación ganarán esta competencia omnipresente. Por la ley de los rendimientos marginales decrecientes, en sus distintas formas, que asegura que ninguna tendencia ganará siempre en todos lados, varias formas de vida dominarán sobre las distintas bases de recursos o nichos. En ciertas circunstancias la economía favorecerá la reproducción sexual, en otros la asexual; a veces, el cuidado de los padres, otras su indiferencia; a veces vemos rebaños, otras individuos solitarios; la partición de los recursos a veces por territorio, otras por dominación, a veces por especialización entre los individuos o entre especies por área o tipo de alimento o tamaño o tiempos de caza o estaciones del año, etc. La sociobiología ¿podrá hacer un aporte a la economía? Las contribuciones sustantivas relevantes del pensamiento sociobiológico a la economía están vinculadas con la naturaleza del hombre. Ésta resulta acotada por su herencia biológica. Sus necesidades y objetivos no son simples gustos arbitrarios, ni tampoco pueden ser completamente elegidos. *La hipótesis de trabajo del economista debería ser que las preferencias no son arbitrarias, sino que detrás de la superficie efímera de los fenómenos las necesidades humanas tienen características permanentes que son analizables, que provienen de adaptarse a su forma de vida.* El hombre, como ser racional, puede oponerse a estos impulsos incorporados – a veces para su propia ventaja, a veces no – pero siempre lo hace con dificultad. La economía política describe interacciones mediante mercados bajo ciertas reglas del juego pero sólo constituye una parte del panorama global económico. También las plantas y los animales interactúan de forma económica dentro de una economía natural sin el beneficio del derecho o de la propiedad o de los contratos. Hayek ha indicado que, probablemente, el mejor ejemplo de una teoría de fenómenos complejos de gran valor, aunque simplemente describa un modelo general cuyo detalle jamás podremos completar, tal vez sea la teoría darwiniana de la evolución por selección natural. Esta teoría fue siempre algo así como un traspie para la concepción dominante del método científico. Ciertamente no cuadra con el criterio ortodoxo de "predicción y control", puntales del método científico. Sin embargo, no se puede negar que se ha transformado en la base exitosa de gran parte de la biología moderna. La teoría de la evolución por selección natural, describe un tipo de procesos que es independiente de las circunstancias particulares bajo las cuales ha tomado lugar en la Tierra, que es igualmente aplicable a un curso de eventos en circunstancias muy diferentes, y que puede resultar en la producción de un conjunto muy diferente de organismos. La concepción básica de la teoría es sumamente simple y sólo en su aplicación a las circunstancias concretas se manifiesta su extraordinaria fertilidad y el rango de fenómenos abarcado. La proposición básica de esta implicación de largo alcance es que un mecanismo de reduplicación con variaciones transmisibles y selección competitiva de los que demuestran tener mejor oportunidad de sobrevivir en el transcurso del tiempo, produce una gran variedad de estructuras adaptadas a ajustes continuos al ambiente y al resto de ellos. La validez de esta proposición general no depende de lo cierto de las aplicaciones particulares que se hicieron de ella: si, por ejemplo, hubiese sucedido que, a pesar de su parecido estructural, el hombre y el mono no fueran descendientes conjuntos de un ancestro común comparativamente cercano, sino

fueran el producto de dos corrientes convergentes que comenzaron de ancestros que eran muy diferentes unos de otros (tal como sucede con tipos externos muy similares de carnívoros marsupiales y placentales), esto no habría refutado la teoría general de la evolución de Darwin, sino sólo su aplicación a un caso particular. La teoría como tal, como es cierto de todas las teorías, sencillamente describe un rango de posibilidades. Al hacerlo, excluye otros cursos de eventos concebibles y, por lo tanto, puede ser docimable.

En los dos capítulos siguientes se desarrolla la teoría de la elección pública. En el capítulo XVIII (*Public Choice, I*) son tratados aspectos generales de esta teoría, dejándose para el capítulo siguiente el tratamiento de la burocracia pública. La teoría de la elección pública (Public Choice theory) implica usar los métodos de la economía moderna para estudiar problemas que, de forma tradicional, habían sido incluidos en la esfera de la ciencia política. Vista desde la ciencia política, puede ser considerada como la porción de la teoría política positiva que trata a sujetos en quienes predomina el interés material. En forma particular, analiza la conducta de políticos y funcionarios oficiales como agentes con intereses propios, estudiando sus interacciones mediante modelos usuales de maximización de la utilidad, teoría de los juegos, o teoría de la decisión. Comprende dos ramas: a) La Elección Pública Positiva, que estudia las decisiones colectivas o públicas de los agentes políticos, y b) La Economía Política Constitucional, que pretende desarrollar un marco institucional que aminore el poder político frente a la sociedad civil. Public Choice, por tanto, es el estudio de la política basándose en principios económicos. En el enfoque tradicional del “interés público”, los funcionarios son descritos como “servidores públicos” benevolentes que fielmente llevan a cabo el “deseo del pueblo”. Cuando buscan los intereses públicos, se supone que los votantes, los políticos y las autoridades se elevan por encima de sus intereses pueblerinos. Modelando la conducta de los individuos como orientada por la maximización de la utilidad, el economista no niega que la gente se preocupe por sus familias, amigos o comunidad. Pero Public Choice, según el modelo de la conducta racional, supone que la gente está guiada primariamente por sus propios intereses y, lo que es más, que las motivaciones de la gente cuando actúa en el proceso político no son tan distintas de las que tiene cuando va a comer, buscar una vivienda, o un automóvil. Después de todo, se trata de la misma gente. Como tales, los votantes votan con sus bolsillos, sosteniendo a candidatos y votando por propuestas que piensan que los pueden dejar mejor; los burócratas luchan por adelantar en sus propias carreras; y los políticos buscan lograr su elección o re-elección. En otros términos, public choice transfiere el actor racional de los modelos de la teoría económica al reino de la política. Entre los fundadores de este campo, cabe mencionar a James Buchanan y Gordon Tullock. Pero ya en el siglo XVIII hubo publicaciones de dos matemáticos franceses, J.C. de Borda y el marqués de Condorcet con contribuciones importantes. Según se cree, Condorcet fue el primero en descubrir el problema de las preferencias cíclicas, según las cuales con el uso de una simple regla de la mayoría en votaciones de a pares, una alternativa x puede perder frente a una alternativa y, y puede perder frente a otra alternativa z, pero z también podría perder frente a x. También, Wicksell fue un gran economista sueco, y figura precursora de Public Choice, especialmente en la economía constitucional. En el siglo XX cabe mencionar los trabajos de Duncan Black y Kenneth Arrow. Como ya hemos visto en el capítulo V, Arrow buscó una respuesta a la siguiente pregunta: ¿Es posible agregar los órdenes de preferencias individuales entre estados sociales de forma tal de generar un orden social que satisfaga condiciones de racionalidad similares a las características de los órdenes individuales? Arrow comenzó dentro de la tradición de la economía del bienestar teórica. Con la desaparición del utilitarismo a manos de Lionel Robbins, los economistas redescubrieron a Pareto, pero su enfoque clasificatorio no facilita un medio de seleccionar entre distintas posiciones que satisfagan el criterio de eficiencia u optimalidad de Pareto. Utilizando instrumentos de la lógica simbólica, Arrow llegó a la dramática conclusión de que un ordenamiento de los óptimos de Pareto no puede alcanzarse a menos que se impongan fuertes restricciones sobre los órdenes de preferencia individuales. Arrow publicó posteriormente su famoso libro, *Social Choice and Individual Values*,

que incluye su *teorema de imposibilidad*, que a partir de entonces ejerció un impacto profundo sobre el pensamiento de los economistas y de los científicos sociales, estimulando una extensa investigación. La sección siguiente explora más detalladamente este teorema, y aprovechamos para exponer otro resultado importante, el *teorema del jurado de Condorcet*. Es interesante notar que este teorema puede ser usado para justificar la forma democrática de elección, y que por lo tanto podrían darse circunstancias en que el teorema resulte inválido. En la sección se brinda un panorama de los sistemas existentes de votación, así como otros conceptos como el de la manipulación estratégica del voto, resultados negativos como el de Gibbard-Satterthwaite y el ataque de Riker a las “democracias populistas”. El mensaje de Riker no es rechazar la posibilidad de un sistema democrático, si bien la democracia que queda es “una suerte de veto popular, intermitente, y a veces aleatorio”. Samuelson había enunciado que sería imposible lograr que la gente revelara honestamente sus preferencias a propósito de los bienes públicos, dado que a nadie podría excluirse del consumo de un bien público *puro*. Éste fue el estado de cosas por cerca de 20 años, hasta que Clarke y Groves demostraron que a los individuos se los puede inducir a revelar sus preferencias en forma honesta cobrándoles un impuesto de incentivos igual al costo que su participación en el proceso de elección colectiva impone a los demás votantes. Estos procedimientos habían sido previamente descubiertos por William Vickrey en otro contexto, y llegaron a ser conocidos en la literatura de elección pública como *procesos de revelación de la demanda*. Son contribuciones técnicas importantes a las que ya nos referimos en el capítulo V. En los 1970s aparecieron distintos métodos, uno tras otro, para resolver el hasta entonces aparentemente problema insoluble de inducir a que la gente revele sus preferencias por bienes públicos en forma honesta. En la década de los 1980s, aparecieron varios trabajos que sugirieron que los gobiernos representativos bi-partidistas son mucho mejores en agregar las preferencias individuales que lo que se había demostrado con anterioridad. En algunos artículos se reemplazó sencillamente el supuesto de que el votante del modelo de Downs vota con probabilidad uno por el candidato que le promete la mayor utilidad, por el de que la probabilidad de votar por el candidato aumenta a medida que el mismo le promete mayor utilidad. *La afirmación de Schumpeter de que la competencia entre partidos por los votos da como resultado cierta forma de “teorema de la mano invisible” en el campo público fue, después de cuarenta años, demostrada*. En otra sección nos dedicamos a explorar el modelo del votante mediano y los ciclos económicos políticos. Hay una afirmación de Downs citada con frecuencia: los partidos formulan políticas para ganar las elecciones, no es cierto que ganen las elecciones para formular políticas. Las políticas que afectan el estado de la economía se encuentran entre las que más preocupan a los votantes. Si la afirmación es correcta, los partidos competirían por los votos sobre la base de sus políticas macroeconómicas prometidas, y ambos partidos en un sistema bi-partidista terminarían ofreciendo el mismo conjunto de políticas. Estudiando la toma de decisiones colectiva por medio de comités, Duncan Black dedujo lo que desde entonces se conoce como el *teorema del votante mediano*: Si los votantes están completamente informados, si sus resultados preferidos pueden ser dispuestos a lo largo de una única dimensión (p.ej. de izquierda a derecha), si cada votante tiene un único resultado preferido a los demás, y si las decisiones son adoptadas mediante una simple regla mayoritaria, luego *con un número impar de votantes resultará decisivo el voto del votante mediano*. Cualquier propuesta a la izquierda o a la derecha de ese punto será derrotada por una más próxima a la del votante mediano. Como las propuestas extremas perderán frente a las propuestas centristas, en un sistema bipartidista, los candidatos y los partidos se trasladarán hacia el centro, y el resultado será que sus plataformas y promesas de campaña sólo diferirán marginalmente. Hacia los 1995s hubo una reorientación de la profesión hacia los resultados negativos à la Riker, ejemplificados en obras de Wittman y Breton. Al modelar la decisión de votar en un ambiente de elección racional Downs señaló que el acto de votar puede ser irracional. Esta conclusión se desprende del hecho de que la probabilidad de que el voto de un individuo determine el resultado de una elección es muy baja. El voto de una persona volcará el resultado a favor del candidato o de la cuestión preferida sólo si los votos de los restantes votantes se

distribuyen de manera uniforme. A medida que el número de votantes tiende a ser más grande, la probabilidad de lograrlo tiende muy rápidamente a cero, con lo cual los beneficios de concurrir a votar son probablemente muy inferiores a sus costos. Por consiguiente, cabe predecir una escasa concurrencia de votantes si éstos son racionales. Otro punto del programa de investigación de Public Choice fue el de los *sistemas multi-partidarios*, para los cuales se pueden formular dos preguntas relevantes: (1) ¿Qué partidos formarán la coalición de gobierno?, y (2) ¿Cuánto durará? A la primera pregunta se puede responder usando como herramienta analítica teoría de los juegos, y esta herramienta fue utilizada para realizar distintas predicciones sobre la coalición que se formará luego de la elección. La predicción de Riker de que se formará una coalición mínima ganadora recibió algún sustento empírico, aunque si el espacio de cuestiones no es razonablemente uni-dimensional, es probable que haya ciclos, lo cual en un contexto de conformación de un gabinete implicará coaliciones inestables de partidos. Un campo que merece ser destacado es el de la experimentación empírica, en el que cabe destacar la figura de Vernon Smith, Elizabeth Hoffman, Matthew Spitzer y otros. Finalmente, destacamos el área de la *economía política constitucional*, que tuvo un rápido desarrollo en los últimos años. La caída del socialismo en los países de Europa central y oriental y la necesidad de disponer de un asesoramiento fundado puso en claro que los economistas habían descuidado atender en forma apropiada la relevancia de los aspectos institucionales. La dicotomía socialismo-capitalismo tornó a ser en gran parte irrelevante con el fracaso del socialismo y llevó a concentrarse más en las variedades institucionales en los países orientados hacia el mercado. Stefan Voigt afirma que hay algunas pocas reglas constitucionales con consecuencias económicas importantes, entre ellas las reglas electorales (regla proporcional vs. mayoritaria), la forma de gobierno (presidencial vs. parlamentario), y si un país tiene estructura federal o instituciones democráticas directas. El tema presenta dificultades de identificar el sentido causal, por lo que es de esperar nuevos trabajos en esta área. Dentro del área más filosófica cabe mencionar el análisis de Amartya Sen sobre la *imposibilidad de un liberal paretiano*, que puede plantearse como sigue: *si hay mínimos derechos y más de tres alternativas, entonces no existe ninguna regla colectiva de elección que respete simultáneamente dichos derechos y sea paretiana con relación a un domino no restringido de preferencias individuales*. Un estudioso de la teoría de Public Choice, Dennis Mueller, mostró que los derechos constitucionales son vulnerables a una paradoja similar que la que afecta a los derechos liberales, con la diferencia de que si los redactores de la constitución fueron correctos al elegir las acciones que deberían ser protegidas, tales paradojas serán improbables e implicarán, de tener lugar, una pérdida reducida.

El capítulo XIX (*Public Choice, II*) revisa la literatura sobre elección pública aplicada a la burocracia, cuyo estudio moderno comienza con Max Weber, sociólogo, economista y politólogo alemán que tuvo profundas influencias sobre la teoría social, la investigación social y la propia sociología. Pero debe esperarse hasta 1968 para una investigación más detenida, cuando Niskanen se pregunta ¿Qué distingue a una burocracia? ¿Cuáles son sus elementos críticos? Por ejemplo, ¿qué maximizan los burócratas? ¿Qué consecuencias tiene esta conducta? Niskanen formula dos hipótesis: (1) Los burócratas maximizan el presupuesto total de su buró, dadas las condiciones de demanda y costo, bajo la restricción de que el presupuesto sea igual o mayor que el costo total mínimo de la producción de equilibrio. (2) Los burós intercambian un producto específico (o una combinación de productos) por un presupuesto específico. He seguido en este capítulo la excelente exposición del modelo de Niskanen y de sus posteriores derivados en los trabajos de T. Moe. El gobierno moderno es burocrático, y por consiguiente una teoría del gobierno que merezca tal nombre debe ser en gran medida una teoría de la burocracia. Lo cual es un emprendimiento aún más complejo que en la época en que escribió Max Weber, ya que la burocracia ha resistido al progreso teórico con el paso de los años, y teoría de la administración pública tiene una reputación de estar menos desarrollada que otras áreas de la ciencia política. El momento crucial del nuevo enfoque fue a principios de los 1980s con la aparición de la nueva

economía de la organización, que permitió desarrollar la economía de los costos de transacción, la teoría de la agencia, y la teoría de los juegos repetidos, con los cuales los economistas desarrollaron instrumentos analíticos para tratar cuestiones vinculadas con la organización. Los teóricos políticos positivos – cuyos enfoques habían quedado ubicados durante mucho tiempo dentro de las teorías del voto – comenzaron rápidamente a amalgamarlos dentro de una nueva teoría de la burocracia pública. Entre los primeros enfoques cabe citar trabajos de Tullock, Downs, Simon y March. Los libros de los primeros señalaron la entrada rutilante de public choice en el mundo de la teoría burocrática, desbancando la visión del “buen gobierno” de la administración pública, y permitiendo dibujar un nuevo mapa de análisis. Volviendo a Niskanen, Moe enfatiza el sello que ha dejado su contribución dentro del pensamiento sobre la burocracia pública. Usando un modelo con sólo dos actores (el burócrata y el que lo patrocina en el congreso), supuso que a los burócratas les interesan los salarios y el producto de la burocracia y que los burócratas no pueden recibir más que su precio creciente de oferta. De lo cual se sigue que, si pueden elegir el nivel de producto, seleccionarán aquel que maximiza el presupuesto. El núcleo de la teoría es suponer que el buró elige un producto máximo por el cual recibe precios de demanda todo-o-nada sujeto sólo a la restricción de que el buró reciba ingresos que cubran costos determinados de forma competitiva. Como consecuencia de su posición en materia de información, el buró tiene poder de fijar la agenda. Este poder le permite actuar como un monopolista perfectamente discriminador, obligando al congreso a que acepte un presupuesto sobredimensionado. Este último lo preferirá antes que no tener presupuesto, con lo cual se tiene que el gobierno resulta demasiado grande e ineficiente. Los trabajos posteriores dejaron en claro que el tema de control de agenda era la grieta más grande de la armadura de Niskanen. La cuestión más importante es cuál es la razón por la que los burós tendrían poder de agenda. Este aspecto fue tratado por Moe & Miller que mostraron que el modelo de Niskanen exhibe ciertos aspectos unilaterales: los burós son actores estratégicos lanzados a obtener sus propios fines, pero la legislatura es pasiva – ya que está sentada pasivamente mientras que la tesorería es saqueada. Si en cambio la legislatura es vista como teniendo derecho legal a decirle al buró lo que debe hacer, la introducción de estos elementos dentro de la estructura de Niskanen conduce a una visión mucho más moderada del poder burocrático y del tamaño y alcance del gobierno. Las conclusiones de Niskanen son algo extremas, y dependen de un tipo de control que ninguna legislatura estratégica concedería habitualmente. A partir de aquí, el enfoque original de Niskanen comenzó a dar lugar a la nueva economía de la organización. Aunque la atención también se concentró sobre la relación entre el buró y la legislatura, el análisis comenzó a plantearse en términos de teoría de los juegos o de la relación principal-agente. El enfoque comenzó a brindar relevancia al problema de *información asimétrica*. Lo que los estudiosos de la administración pública dijeron por varias décadas, pero en lenguajes diferentes, era que la asimetría informativa inherente a la burocracia da lugar a un serio problema de control de los políticos, que deben usar su autoridad para resolverlo. La tradición Niskanen hoy tiende a ser vista como parte integrante de una literatura más amplia sobre control político. Su línea de trabajo tuvo un impacto profundo sobre la evolución de la teoría burocrática. Cuando la inclinación natural en los primeros tiempos era ver a la burocracia como una organización compleja sujeta a una madeja enredada de autoridades, electores, y presiones, los teóricos del mundo post-Niskanen se han inclinado a reducirla, como él también lo hizo, a un buró unitario arrastrado en pos de un único objetivo – cambiando la atención a visualizar a la burocracia en su relación con la legislatura. Aquí es donde nos debemos referir nuevamente a la *escuela de Chicago*. Los científicos políticos ofrecían diversas explicaciones – ciclos de vida, triángulos de hierro, liberalismo de los grupos de intereses – pero le cupo a Stigler desarrollar una teoría basada en la elección racional. Se trata de una teoría bastante simple. Los intereses de negocios especializados pueden ganar mucho con la regulación si las reglas son diseñadas con arreglo a sus intereses. Y se lo pueden asegurar controlando la esfera política. Mancur Olson demostró que el pequeño número de interesados (en cada industria), combinado con los beneficios concentrados les otorga incentivos mucho más fuertes para organizarse para la acción política

que a otros contribuyentes y grandes grupos, sobre quienes los costos se distribuyen en forma amplia. *Luego, el poder de los grupos se encuentra brutalmente desequilibrado a favor de los intereses concentrados de grupos reducidos.* Los políticos responden haciendo que los burós negocien los intereses de estos grupos, y los burós, a su vez, hacen lo que piden los políticos. Luego se tiene una burocracia capturada – una que, contrariamente a las nociones de la ciencia política, no resulta capturada a través del tiempo, sino diseñada de entrada para promover los intereses regulados. Luego de mencionar los aportes de James Wilson a esta literatura, se analizan los vericuetos de los 1980s sobre *control de la legislatura y predominio del congreso*. La teoría de las legislaturas se dirigió rápidamente a tratar cómo los legisladores podrían controlar a la burocracia en beneficio propio. El estudio del control político sirvió así como un puente para la moderna teoría de la burocracia. En ese momento se estaba desarrollando la *nueva teoría económica de la organización*, que pudo utilizarse para analizar el problema burocrático. Barry Weingast fue una figura muy influyente en esta etapa temprana del control legislativo. Pero los trabajos de este período no desarrollaron en verdad una teoría del control. No modelaron los objetivos, estrategias, o recursos de la burocracia ni tuvieron base alguna para comprender su capacidad de resistir o de adoptar una acción autónoma. A la profunda importancia de la información privada, que dotó al modelo del buró de Niskanen de gran potencia, aquí se le dio poca atención, junto al lado burocrático de la relación de control. Sólo se modeló seriamente al principal legislativo. En cierto sentido, el problema aquí es inverso al de Niskanen. Éste exagera el poder de la burocracia suponiendo un buró estratégico y una legislatura pasiva. La literatura de la dominación por el Congreso exagera el poder legislativo suponiendo una legislatura estratégica y un buró pasivo. ¿Por qué el Congreso delega autoridad en un organismo, en lugar de aprobar leyes detalladas que sean ejecutables ante los tribunales? Si delega, ¿prefiere mandatos imprecisos que otorguen a los organismos una discrecionalidad tremenda, o mandatos muy específicos que impongan severos límites a lo que pueden hacer los organismos? Y si los organismos tienen un margen de elección ¿cómo puede el Congreso usar a la estructura para canalizar su conducta hacia fines legislativos? Esto derivó en una nueva literatura que es la del *control ex-ante por parte del Congreso* (Fiorina, McCubbins, Noll, Weingast) que abordó temas como el de por qué los legisladores arman el *mazo de cartas* a favor de grupos y se aseguran de que los cambios de intereses y el poder relativo de estos grupos estén reflejados en los procesos y políticas del organismo. Trabajos de Moe y Horn apuntaron que los mecanismos ex ante de control – es decir, procedimientos de decisión, reglas del servicio civil, formas organizativas independientes, calendarios – que arman el mazo de cartas, pero que además inmovilizan el sesgo para protegerlo de cambios en el poder de los grupos y de la autoridad, son preferibles en circunstancias de *incertidumbre política*. De esto surge que el control ex ante es un arma de doble filo, ya que promueve la dominación del Congreso de hoy tornando al Congreso de mañana crecientemente impotente. Uno de los aspectos que más llama la atención cuando estos modelos son aplicados a la realidad argentina, es la virtual omisión de los *presidentes* – excepto acaso como un poder de veto. La aproximación de Moe es sugerente de por qué es esencial incluirlos dentro del análisis: en muchos casos, los presidentes tienen un impacto poderoso sobre la estructura del poder (recuérdense los casos de Illía, Menem y Alfonsín), pero también porque sus preferencias y estrategias son muy diferentes de las de los legisladores. Moe señala que la “revolución” en los estudios presidenciales abandonó el análisis de las características personales de los presidentes reemplazándolas por la impersonalidad del neo-institucionalismo de la elección racional. *La institución presidencial, como cualquier institución, ofrece incentivos comunes a todos quienes la ocupan*, y son estas estructuras las que mejor han permitido explicar (al menos hasta ahora) el comportamiento presidencial. *Frente a la colección de anécdotas sobre estilos y personalidad de los presidentes, propia de los estudios tradicionales sobre la presidencia, esto fue un gran avance en términos de rigor científico.* La sección siguiente analiza con cierto detalle las características de algunos *modelos espaciales de control político*, como el de Ferejohn & Shipan, el de Eskridge & Ferejohn, etc. El enemigo de estos modelos de la nueva economía es la

complejidad. Son intrínsecamente complejos y sus implicancias amenazan con ser tan relativizadas mediante calificaciones y condiciones tales, que resultan finalmente triviales y difíciles de interpretar y aplicar. Estos problemas de complejidad parecen ir in crescendo en la nueva camada de modelos de control político. Lupia & McCubbins usan, por ejemplo, una estructura de principal-agente para explorar la relación entre aprendizaje legislativo y diseño y control burocráticos. La teoría resultante es innovativa en materia de análisis del aprendizaje, pero termina siendo tan compleja y contingente que no termina siendo claro adónde conduce. El mensaje central, como siempre, es que *se requiere realizar las simplificaciones correctas, y preservar la esencia de lo que la nueva economía ha identificado como relevante*. La última sección del capítulo es una breve introducción a la *burocracia en Argentina*, que es un programa de trabajo que excede en mucho al de este capítulo, en gran medida por la carencia de suficientes datos confiables. Se citan documentos de Oscar Oszlak sobre la burocracia en América latina y de Iacovello, Zuvanic & Tommasi, que han identificado las deficiencias más comunes de la construcción e implementación de un sistema de servicio civil en la Argentina. Spiller & Tommasi han argumentado que las deficiencias de las políticas públicas se deben a determinantes político-institucionales que rigen los incentivos de los principales actores políticos (presidentes, legisladores, ministros, gobernadores, etc.), y que no conducen a la cooperación inter-temporal en construir políticas públicas de largo plazo.