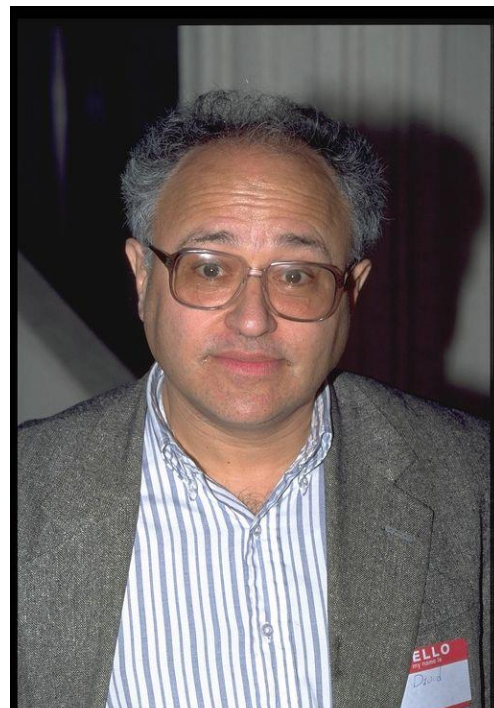


13 ECONOMÍA DEL CRIMEN, ACCIDENTES, RESPONSABILIDAD Y REGULACIÓN

En los últimos años florecieron los estudios sobre interrelaciones entre el derecho, las normas legales y los aspectos económicos. Iniciamos este capítulo repasando algunos escritos del economista David Friedman, que se ocupó bastante del tema. El punto de vista de Friedman (hijo de Milton y Rose Friedman) es, para algunos, extremo, ya que suscribe al *anarco-capitalismo*.¹ Hemos visto que tomar un punto de referencia extremo (como en el socialismo) nos sirve para apreciar mejor el punto en que estamos situados y las posibilidades de organización de una sociedad. Como es un excelente economista, con gran sentido del humor, hemos decidido presentar su óptica en este capítulo.²



David D. Friedman (1945-)

En *The Machinery of Freedom*, Friedman desarrolló una forma de anarco-capitalismo en la cual todos los bienes y servicios, incluyendo el propio derecho, pueden ser producidos en un mercado libre. Esta versión difiere de la propuesta por Murray Rothbard, según la cual en primer término todas las partes involucradas se pondrían de acuerdo sobre un código legal al poner en marcha la sociedad anarco-capitalista. Friedman aboga por un enfoque incrementalista a fin de llegar al anarco-capitalismo *mediante la privatización gradual de todas las áreas en las que está involucrado el gobierno, para terminar privatizando la propia legislación*. En ese libro se opone a cualquier revolución anarco-capitalista violenta. Esta versión consecuencialista es llamada la versión de la “Escuela de Chicago”. La versión de Friedman del anarquismo individualista no se basa en postular derechos naturales sino que depende de un análisis costo/beneficio de una situación-con-

¹ El anarco-capitalismo (que Friedman denomina *anarquía libertaria* y otros autores como Roderick T. Long, Tibor R. Machan y Edward Stringham llaman *anarquismo de mercado*, *anarquismo de mercado libre* o *anarquismo de propiedad privada*), es una filosofía política libertaria y anarco-individualista que aboga por la supresión del estado a favor de la soberanía individual en un mercado libre. El concepto fue introducido por Murray N. Rothbard (ver *Man, Economy, and State - A Treatise on Economic Principles, with Power and Market - Government and the Economy*, 2001 & 2009, Ludwig von Mises Institute http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=16718&Itemid=0). En una sociedad anarco-capitalista, el cumplimiento de la ley, los tribunales y otros servicios de seguridad estarían a cargo de competidores que asignarían sus propios fondos a la organización de agencias de defensa privadas en lugar de usar impuestos, y el dinero sería abastecido en forma privada y competitiva en un mercado abierto. Según ellos, las actividades personales y económicas serían reguladas por las leyes naturales del mercado y el derecho privado en lugar de la política. Los anarco-capitalistas consideran que el capitalismo con libertad de mercados constituye la base de una sociedad libre y próspera, si bien el anarquismo fue desde el punto de vista histórico una filosofía anti-capitalista. Murray Rothbard afirma que la diferencia entre el capitalismo con libertad de mercados y el *capitalismo de estado* es la que hay entre el intercambio voluntario y pacífico y la alianza colusiva entre los negocios y el gobierno que utiliza la coacción para subvertir el funcionamiento de los mercados libres. <http://es.wikipedia.org/wiki/Anarcocapitalismo>

² David Friedman, *Price Theory: An Intermediate Text*, South-Western Publishing Co., 1986, 1990, Ch. 20 http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=4181&Itemid=0; Anne Krueger (1974), *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*. *American Economic Review* 64 http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=13994&Itemid=0; Mark Geistfeld, *The Role(s) of Economic Analysis in Tort Law*, *Law and Economics Workshop*, 2003, http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=9239&Itemid=0; George J. Stigler, *The theory of economic regulation*, *Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (spring): 1971 http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=11614&Itemid=0.

Estado vs otra situación-sin-Estado. Contrasta con la aproximación de los derechos naturales propuesta, en especial, por Murray Rothbard.

Friedman comienza tomando como dadas las estructuras legales, y utiliza el análisis económico para hacer comprensible la actividad criminal y sugerir modos de enfrentarla, analizando los costos netos del crimen y sugerir por qué ciertas cosas deberían ser ilegales. Luego el objeto de estudio es el sistema de leyes y de su aplicación. Esboza un análisis del castigo a los criminales y de cuán severamente se debería tratar de aprehenderlos, es decir cuánto se debería invertir y qué fracción de criminales atrapar; discute las ventajas y desventajas de dos sistemas alternativos de atrapar y de condenar a los culpables – público, como lo es con leyes criminales, o privado, como con derecho civil. El análisis económico del derecho civil sobre accidentes sigue en orden de tratamiento. Luego dedicaremos una sección a vincular el teorema del *second-best* con el sistema legal. Voy a seguir con Richard Posner en su análisis de la regulación económica (considerado precursor en materia desregulatoria), complementando las contribuciones de Stigler.

1. Economía del crimen

El enfoque económico del crimen comienza con el supuesto de que el ladrón roba por la misma razón que otros desempeñan otra profesión – porque es una profesión más rentable que las demás. Obtiene la conclusión obvia de que si se busca reducir los robos – ya se trate de la acción de un legislador o del propietario de una casa – esto se logra aumentando los costos de ser ladrón o reduciendo sus beneficios.

Supongan que una viejecita de cada diez porta un arma, y que si son víctimas de un atraco, tendrán éxito una de cada diez en matar al atracador en lugar de ser muertas por él, o de recibir un disparo en el pie. Por supuesto, en promedio es más probable que el atracador tenga éxito en el encuentro. Pero – también en promedio – cada cien ladrones habrá un ladrón muerto. Luego, robar se convierte en una profesión nada tentadora – no muchas viejecitas llevan suficiente dinero en sus carteras como para justificar una probabilidad de $1/100$ de morir en el intento. La cantidad de ladrones – y de atracos – disminuirá en forma drástica, no porque todos los ladrones hayan muerto sino porque, racionalmente, habrán buscado otras profesiones más sanas.

Así funcionan las cosas en el reino animal. Un león puede estar relativamente seguro de vencer a un leopardo, o un lobo de cazar a un zorro. Pero un león que tenga el hábito de cazar leopardos no sobrevivirá demasiado tiempo, porque si bien un leopardo particular probablemente perdería en la lucha contra el león, existe cierta probabilidad de que éste sea muerto por el leopardo y una mayor probabilidad de resultar herido. Es un precio demasiado alto a ser pagado por una cena. Por ese motivo, los leones buscan cebras. En conclusión, no se requiere que una víctima potencial sea más mortífera que el criminal, sino sólo lo suficiente para que el costo para el criminal sea algo superior a su beneficio. Esto no demuestra que el control de las armas sea un objetivo desacertado. Hay otros argumentos, a favor y en contra. Pero ilustra un principio general: al analizar un conflicto entre dos animales, criminal y víctima, firmas en competencia, o naciones en guerra, nuestra tendencia es imaginar una batalla suprema en la que todo lo que importa es la victoria o la derrota, lo cual representa un caso infrecuente. En el conflicto entre el ladrón y la viejecita, en promedio gana el ladrón. Pero su costo – una probabilidad de 1% de morir – es suficientemente elevado como para preferir evitarlo. Como en otros casos, el problema no consiste tanto en cómo triunfar sobre el ladrón sino en que su agresión sea no rentable.

Mercados ilegales Cuando se piensa en mercados públicos, surgen instituciones socialmente aceptadas como la bolsa de valores, el mercado del trigo, un supermercado, etc. Una característica importante de estos mercados es que uno puede ser obligado a cumplir los acuerdos de compra y venta que realizó en ellos –de ser necesario, ante los tribunales. Pero un mercado implica un concepto más amplio: hay mercados de influencias políticas tanto en Buenos Aires como en Washington. Hay mercados de drogas ilegales y bienes robados. Hay mercados de

sexo, legales e ilegales. Que un contrato sea ejecutable ante un tribunal puede ser útil para su funcionamiento, pero no resulta esencial.

La economía se aplica tanto a los mercados legales como a los ilegales. Cuando un insumo productivo es eliminado, los sustitutos se tornan más valiosos. Si los contratos no pueden ser ejecutados en los tribunales, hay maneras alternativas de que la gente cumpla con ellos. Los sustitutos del servicio provisto por el tribunal serán un elemento importante de los mercados ilegales. Uno de ellos es la reputación. La definición tradicional de lo que es un político honesto es que no puede ser comprado. Vamos a analizar sustitutos más violentos más adelante.

Otra característica de un mercado ilegal es que el manejo de información es más costoso que en los mercados legales. Éste es uno de los motivos por el cual Friedman y otros consideran al “crimen organizado” o la “mafia” como mitos, por lo menos de la manera en que son usualmente descritos. Una “General Motors del Crimen” tiene poco sentido. Alguien que encabece la firma debería saber lo que hace la gente de más abajo, a fin de decidir (entre otras cosas) su salario. Transmitir esta información hacia arriba varios niveles jerárquicos puede ser muy peligroso. Es más probable que la mayoría de los crímenes sean cometidos por individuos o pequeñas células y que el crimen organizado sea análogo, no a una gran empresa, sino más bien a una cámara de comercio o a una oficina comercial del mercado criminal. Que esto es cierto lo hemos podido aprender con la experiencia de las células terroristas en nuestro país.

Vale la pena considerar cuán poco creíbles son a veces las fuentes de información de los periódicos y los comités y si sus incentivos generan investigación adecuada o historias excitantes. Los periódicos desean vender muchos ejemplares y los políticos desean ser reelectos; en ambos casos, anunciar que el crimen organizado no constituye una gran amenaza no parece una estrategia apropiada para lograrlo. Las fuentes de información son o bien oficiales que aplican la ley, que desean mostrar que necesitan más recursos y poder para luchar contra el crimen organizado, o bien criminales que testifican a cambio de inmunidad – con un incentivo obvio a decir lo que sus captores desean oír. En este contexto es interesante comparar la descripción del poder e importancia de la mafia con descripciones de los testigos acerca de cómo realmente llevaron a cabo sus crímenes; las últimas presentan a los testigos como empresarios independientes y no como empleados de una organización criminal. Los estudios académicos del mercado del crimen presentan más dificultades que en otros campos. Sin embargo, se cuenta con algunos que parecen corroborar estas conclusiones.³ El film *El último testamento de Lucky Luciano* tiene un incidente revelador: luego de una guerra del hampa sobre quién sería el *Capo di Tutti Capi*, el ganador juntó a los líderes del hampa de todo el país. Anunció que “todo lo que se haga desde ahora será combinado en una única organización bajo un único mando – el mío.” La clave era la disciplina, repetía enfáticamente Maranzano, la rígida disciplina, con Maranzano como árbitro supremo de todas las disputas – porque sería supremo en todo. “Esta disciplina... debe ser implementada en forma estricta”. Yacía muerto a los cinco meses.

La conjetura es que la mafia, al menos en forma parcial, es un sustituto del tribunal; su función es legitimar el uso de la fuerza. Para verla en operación, imaginen que están en alguna empresa criminal y que uno de sus socios embolsa una parte del dinero que les pertenece. La respuesta obvia de ustedes es asesinarlo – bueno, al fin y al cabo el asesinato es uno de los productos vendidos en el mercado en que ustedes operan. ¡El problema es que si la gente que trabaja con ustedes muere y se corre la voz de que ustedes son los responsables, otros participantes del mercado ilegal serán menos propensos a hacer negocios con ustedes!

³ Un estudio hecho en New York sobre el juego ilegal, basado en registros de teléfonos “pinchados” por la policía, halló que los que tomaban nota eran pequeños operadores independientes y que los que *ponían los números* eran muchos más pero también competitivos. Ni los operadores ni los que ponían los números parecían utilizar violencia contra sus competidores, y aún tenían dificultades en hacer cumplir los acuerdos de división de ganancias con los subcontratistas que traían a sus clientes.

¿Solución? Acuden a alguna organización del mercado criminal, con reputación por su carácter equitativo, presentan evidencia sobre la culpabilidad del compañero, lo invitan a que se defienda, y le piden al “tribunal” que dictamine que él es culpable. Si lo hace, y rechaza pagarles a ustedes los daños y perjuicios ocasionados, ustedes contratan a alguien para que lo mate; ahora sí, como ahora todos saben que él estaba equivocado, los únicos temerosos de hacer negocios con ustedes serán los que los quieran timar. Ésta es una de las funciones de la mafia y de organizaciones similares en el mercado criminal, y no es una hipótesis implausible.

2. El costo del crimen

Seguiremos la exposición de Friedman para analizar el costo que impone el crimen, y demostrar por qué, desde una perspectiva económica, algunas cosas deben ser ilegales, y cómo el análisis del mercado del crimen puede ser abarcado dentro de la estructura general de la economía. Seguiré suponiendo que los participantes de este mercado – criminales, víctimas, y los encargados de hacer cumplir las leyes – son racionales y eligen correctamente los medios de alcanzar los distintos objetivos.

El robo La primera cuestión es preguntarse por qué ciertas actividades como el robo o el asesinato deberían ser impedidas desde un punto de vista económico. Por ejemplo, no resulta inmediatamente obvio que sean *económicamente* ineficientes. El robo es una “mera” transferencia; yo pierdo \$100 y el ladrón gana \$100. No parece haber costos de eficiencia. ¿Qué hay de erróneo en este análisis? El análisis siguiente está inspirado en Gary Becker.⁴

El robo tiene costos; el ladrón debe gastar dinero, tiempo y esfuerzo en comprar herramientas, identificando y ubicando la propiedad, rompiendo la puerta de entrada, y así sucesivamente. ¿Cuánto tiempo y esfuerzo? Para responder, no hace falta interrogar a ningún ladrón, ya que la teoría económica lo sugiere – al menos para el ladrón marginal. En equilibrio, como en otros mercados competitivos, el costo marginal será igual al costo medio e igual al precio. El “ladrón marginal” no tiene ganancias al balancear el costo impuesto a su víctima. Supongan que cualquiera que desee ser un ladrón podría robar \$100 a un costo neto (que incluye gastos operativos, valor del tiempo y riesgo de ser capturado) de sólo \$50. El beneficio marginal neto es positivo, luego entrarán firmas a la industria. Si robar deja más ganancias que ocupaciones alternativas, habrá gente que dejará esas ocupaciones para dedicarse a robar.

El ingreso marginal disminuirá a medida que haya más ladrones. Los objetos más valiosos y fáciles de robar ya habrán sido robados. Cada collar de diamantes tendrá tres ladrones *joya* que lo buscan. Un ladrón que entra en una casa sólo descubre que un súper-ladrón ya se llevó lo más valioso – y que repuso la alarma. Como en otras industrias, el producto incrementado hace caer el rendimiento, aunque no por los mismos motivos. El *precio* que el ladrón obtiene por su trabajo, el monto que puede robar por hora de tiempo invertido, cae. ¿Cuánto? Mientras robar proporcione un mayor rendimiento que ocupaciones alternativas, la gente dejará esas ocupaciones y actuará de ladrón. El equilibrio se alcanza cuando, para el ladrón marginal, su nueva profesión sólo es mejor que la anterior en un infinitésimo – y para la siguiente persona que lo considera y decide que no le conviene, es un infinitésimo peor. En equilibrio, el ladrón marginal abandona un trabajo por el que recibía \$6/hora para lograr, luego de restar todos los gastos de su nueva profesión tales como gastos de abogados y vacaciones ocasionales impagas, tan sólo de, digamos, \$6.01/hora.

Luego, en equilibrio, el robo no es una transferencia. El ladrón marginal que roba \$100 gasta alrededor de \$100 en tiempo y dinero para lograrlo. Sus costos e ingresos prácticamente se igualan, dejando a la víctima con una pérdida neta. La transacción no cancela ingreso con costos e implica una pérdida de alrededor de \$100. Si un ladrón no se encuentra en la categoría de marginal, por ejemplo porque tiene un talento excepcional para el robo o es excepcionalmente

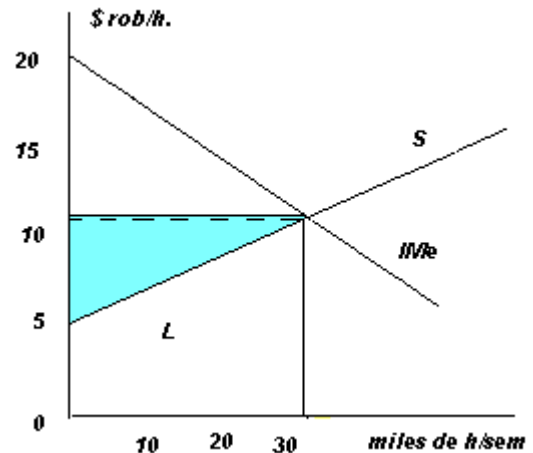
⁴ Gary S. Becker, The Economic Way of Looking at Life, Nobel lecture, Dec. 1992
http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=16289&Itemid=0.

malo en profesiones alternativas, su situación es similar a la de una empresa con una función de producción más eficiente. A un precio al que el ladrón marginal obtiene un balance de costo y beneficio, la empresa intra-marginal, o ladrón, realizará un beneficio. Cuando roba \$100, sólo tendrá un costo de \$50, dejando en sus manos \$50. Como la víctima termina con \$100 en menos, todavía hay una pérdida social pero inferior al caso del ladrón marginal.

Hasta ahora obtuvimos lo siguiente: si todos los ladrones son ladrones marginales – es decir, si no hay variabilidad entre los ladrones potenciales en sus ventajas comparativas – el costo neto del robo, incluyendo costos y beneficios de ladrones y víctimas, es aproximadamente igual al monto robado. Si hay una gran variabilidad entre los ladrones, el costo neto todavía es positivo pero menor que el monto robado.

Un camino que podemos seguir ahora es tornar más realista el análisis incluyendo algunos costos omitidos, los costos de defensa contra el robo, que incluyen tanto los costos privados – candados, alarmas contra ladrones, guardias de seguridad, etc. – y los costos públicos de policía, tribunales y prisiones. Estos costos son mucho más importantes que los beneficios netos de los ladrones intra-marginales.⁵ Todo ello hace que el costo total del robo sea mucho mayor que el valor total de los objetos robados.

El análisis realizado puede ser convertido a diagramas de oferta y demanda convencionales. La figura adjunta muestra la curva de oferta y de ingreso medio del robo. El eje horizontal es *miles de horas de robo por semana*. El vertical muestra pesos robados por hora – el “salario” percibido por los ladrones. La curva de oferta *S* indica cuánto trabajo será ofrecido a cada salario. La curva *IMe* es la curva de ingreso medio que muestra cómo varía el ingreso de una hora con la cantidad de robos. La curva *Ime* es decreciente, porque a medida que aumenta el número de ladrones se reduce el ingreso por hora. Utilizando el número de horas dedicadas al robo como medida de cantidad, se ha supuesto que la diferencia entre los ladrones radica en cuánto les cuesta utilizar una hora robando, más que en cuánto pueden obtener en esa hora.



La curva *S* es una curva de oferta, pero *IMe* no es una curva de demanda, aunque sirve al mismo fin. El hecho de que en 10 horas alguien me pueda robar \$17 indica algo acerca de sus oportunidades de robar pero no implica que yo desee ser robado, dado que no se trata de una transacción voluntaria. De hecho, *IMe* no es una curva de demanda real, igual a la curva de valor marginal. El área por encima de *AR* y por debajo de *P* es el excedente del productor, como en un diagrama ordinario, pero el área entre *IMe* y *P* no es el excedente del consumidor de Marshall.

El monto total robado por año es el ingreso medio – monto robado por hora – multiplicado por el número de horas dedicadas al robo por año. En la figura es igual al área celeste más el área *L*. El ladrón recibe esa área como ingreso, tiene costos iguales al área *L* y recibe un excedente del productor igual al área color celeste. Las víctimas pierden el monto robado y no reciben nada. La pérdida neta *L*, igual al área sombreada bajo la curva de oferta, es igual a la pérdida de las víctimas menos las ganancias de los ladrones. Si *IMe* fuera horizontal – una curva perfectamente elástica de ladrones – la pérdida neta sería igual al monto entero robado, que es el caso en que todos los ladrones son marginales.

⁵ Para obtener una estimación de estos costos en nuestro país a partir de la cuenta de inversión del presupuesto, cabría procesar los datos de la CGN, en <http://www.mecon.gov.ar/hacienda/cgn/cuenta/>

3. La búsqueda de rentas

Ladrones y víctimas están compitiendo por la posesión de los mismos objetos (los cuales pertenecen inicialmente a la víctima). Los gastos de un ladrón o bien terminan en que obtiene los bienes en lugar de otro ladrón, o bien en obtener los bienes en lugar de su víctima. Los gastos defensivos de la víctima también constituyen una búsqueda de rentas (*rent-seeking*) – porque la función de la alarma contra robos es asegurarse de que la propiedad permanezca en manos de su propietario original. La definición más simple de búsqueda de rentas es gastar recursos para tratar de enriquecerse mediante una mayor participación en un monto fijo de riqueza, en lugar de tratar de crear riqueza. Como se gastan recursos sin crear riqueza, el efecto neto de la búsqueda de rentas es reducir la suma total de riqueza social.

El fenómeno de búsqueda de rentas fue identificado en primer término por Gordon Tullock.⁶ La expresión *rent seeking* fue sin embargo acuñada en 1974 por Anne Krueger en otro trabajo muy influyente.⁷ El término *renta* no es equivalente aquí al significado usual de un pago por un arrendamiento, sino que surge de la clasificación de ingresos de Adam Smith en beneficio, salario, y renta.⁸ La conducta *rent-seeking* se distingue de la conducta *profit-seeking*, donde las partes tratan de extraer valor comprometiéndose a realizar transacciones en beneficio mutuo. (Algunos críticos de este concepto apuntan que en la práctica puede haber dificultades en distinguir entre el *profit-seeking* beneficioso y el *rent-seeking* perjudicial).



Anne O. Krueger (1934-)

A menudo se establece una distinción adicional entre las rentas legalmente obtenidas por medio del poder político y los ingresos provenientes de crímenes al derecho consuetudinario como el fraude, la malversación de fondos y el robo. Este punto de vista considera que el “beneficio” es obtenido en forma consensuada mediante una transacción acordada entre dos partes (comprador y vendedor), mientras que los crímenes de derecho consuetudinario no surgen por consenso, sino por la fuerza o el fraude infligido por una parte a otra. La renta se obtiene cuando un tercero priva a una parte en una transacción de acceder a otras oportunidades de transacción, haciendo que la transacción “consensuada” entre las otras dos partes se convierta en una oportunidad de recolección de rentas para el tercero. Así, los beneficios extraordinarios derivados del comercio de drogas ilegales son considerados rentas, porque no son ni beneficios legales ni recursos que provengan de crímenes al derecho consuetudinario.

Muchos economistas sostienen que, en lugar de cobrar penalidades financieras a quienes realizan actividades económicas productivas o transacciones consensuadas, los gobiernos deberían reformar sus sistemas tributarios a fin de recuperar en primer término las rentas de las que gozan algunos intereses privados que las perciben de otros (incluyendo las vinculadas con tierras y permisos de contaminación). A menudo la búsqueda de rentas ocurre bajo la forma de *lobbies* a favor de regulaciones económicas como las tarifas. La *captura regulatoria* es un concepto vinculado, referido a la colusión entre firmas y agencias del gobierno encargadas de regularlas, lo que permite un comportamiento de búsqueda de rentas, especialmente si el gobierno debe confiar en las empresas para conocer algo sobre el mercado en que se desenvuelven.

⁶ Gordon Tullock, *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*, *Western Economic Journal*, 5:3 (1967:June) p.224-232.

http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18227&Itemid=0

⁷ Anne O. Krueger, *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, *The American Economic Review*, June 1974. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=13994&Itemid=0

⁸ Kelley L. Ross, *Rent-Seeking, Public Choice, and The Prisoner's Dilemma*.

<http://www.friesian.com/rent.htm>

Imaginen un sistema como el que existió en Argentina en la década de los 1980s, cuando había restricciones cuantitativas a las importaciones. Un permiso de importación tenía un premio que implicaba costos para el sistema económico. Un primer componente de costo era el costo directo del sistema (formularios, colas, costos del aparato administrativo, etc.). La importancia del costo y el efecto sobre la asignación de recursos dependían del tipo de mecanismo de racionamiento de las divisas. Supongan que las autorizaciones de importación de bienes intermedios son otorgadas en proporción a la capacidad instalada de la firma que formula la petición. Entonces un empresario racional decidirá, aún con capacidad ociosa por las restricciones cuantitativas, invertir en capacidad de planta adicional siempre que la rentabilidad de las licencias en proporción al costo de la inversión adicional sea superior al rendimiento de la inversión en otras actividades. Esta conducta es racional aún cuando las licencias de importación totales sean constantes; su premio puede crecer si crece el ingreso doméstico, lo cual implica aumento del valor de un volumen de importaciones constantes, y aquí observamos el fenómeno de crecimiento de la capacidad instalada con un producto constante. Invirtiendo en capacidad, el empresario asigna recursos para competir en obtener licencias de importación.

Cambien el mecanismo de asignación de autorizaciones. Supongan ahora que los permisos son asignados *pro rata* a los requerimientos de los importadores mayoristas. Esto también induce ineficiencia: si la entrada en estos mercados es libre y las firmas tienen curvas de costo medio en U, el resultado será una cantidad de firmas superior a la óptima operando en el tramo decreciente de sus curvas de costo medio. La competencia por las rentas se materializa a través de la entrada a la industria de firmas con tamaño sub-óptimo.

Si son los funcionarios gubernamentales (habitualmente del banco central, que controla el saldo de divisas) los que deciden acerca de la asignación de permisos, veremos a las firmas asignar recursos a fin de aumentar la probabilidad o el volumen esperado de sus licencias. Por ejemplo, sus autoridades viajarán en forma frecuente a la capital, establecerán su domicilio en la proximidad de los organismos gubernamentales, etc.

La búsqueda de rentas es una actividad llevada a cabo por las empresas, junto a la producción y distribución. El concepto de búsqueda de rentas ha sido aplicado a la corrupción de los *burócratas* que solicitan y extraen sobornos o rentas por aplicar su autoridad legal y discrecional a fin de otorgar beneficios legítimos o ilegítimos para sus clientes. Por ejemplo, autoridades del gobierno a menudo reducen la carga tributaria de los contribuyentes. También se ha sugerido que los sobornos constituyen una búsqueda de rentas por parte de las autoridades.

Si hay competencia en el proceso de búsqueda de rentas podemos llegar a resultados a primera vista sorprendentes. Por ejemplo, *una prohibición de importar puede llegar a ser preferible a la competencia por las autorizaciones*. Segundo, cuanto más inelástica al precio sea la demanda de importaciones, tanto más alta será la renta generada por el mecanismo de racionamiento y tanto más elevada será la pérdida social. Tercero, *puede ser preferible crear un monopolio de importación antes que permitir la competencia con el consiguiente despilfarro de recursos*. Cuarto, *el gobierno enfrenta un dilema: si restringe la entrada de empresas a la competencia por las rentas, no mostrará un tratamiento pari passu con todas las firmas y puede ser acusado de favoritismo; si permite la competencia, se generarán pérdidas sociales aunque tal vez con una menor desigualdad del ingreso*.

Desde un punto de vista teórico, el riesgo moral de la búsqueda de rentas puede ser muy importante. Si *comprar* un contexto regulatorio favorable es más barato que elaborar una producción más eficiente, una firma elegirá la primera opción obteniendo ingresos sin vinculación alguna con su contribución a la riqueza o bienestar total. Ello da lugar a una asignación de recursos sub-óptima – dinero que gastan los lobistas y contra-lobistas en lugar de ser invertido en investigación y desarrollo, mejores prácticas comerciales, entrenamiento de empleados, o bienes de capital adicionales – retrasando el crecimiento económico. Afirmaciones de que una firma está

en la búsqueda de rentas por lo tanto acompañan alegatos de corrupción gubernamental, o de influencia de grupos de intereses especiales.

La búsqueda de rentas puede ser iniciada por los funcionarios del gobierno, solicitando sobornos u otros favores de los individuos o firmas que se concederán, ganarán privilegios económicos especiales, lo que deja la puerta abierta a la posibilidad de explotación del consumidor. Se ha demostrado que la búsqueda de rentas por la burocracia puede aumentar el costo de producción de los bienes públicos. También se ha estudiado cómo la búsqueda de rentas por autoridades tributarias puede dar lugar a la pérdida de ingresos de la oficina recaudadora.

De todo esto surge la ventaja de operar en un sistema seguro de derechos de propiedad. Si son inciertos, algunos individuos tendrán incentivos a invertir recursos a fin de lograr que les sea transferida propiedad. Esto es cierto aunque la transferencia sea realizada por el robo privado o mediante impuestos. No ganar ingreso imponible o no comprar bienes sujetos a impuestos son maneras (costosas) de defenderse en contra de la tributación, del mismo modo que instalar una alarma antirrobo es una manera (costosa) de defenderse contra el robo. Otras ineficiencias del mercado político son clasificadas como costo de los lobbys. Realizar una donación para la campaña de un candidato que promete beneficios especiales para ustedes y sus amigos es un gasto transfiriendo la propiedad en su dirección análogo al gasto en herramientas de un ladrón.

Otra forma de ver al robo – o a la búsqueda de rentas en general – es como caso especial de la ineficiencia de un mercado con externalidades. Supongan que las empresas de autos gastan \$10.000 para producir un auto y durante el proceso contaminan la atmósfera. El resultado es ineficiente – porque la contaminación del aire no está incluida como costos dentro del cálculo de la firma acerca de si conviene producir o no. Si la industria es competitiva, todo aquél que lo valore en al menos \$10.000 tendrá uno. Si la contaminación valiera \$5.000, el costo real de producción sería \$15.000; todo aquél que lo valore en más de \$10.000 pero menos que \$15.000 obtendrá algo que le reporta menos que el costo de producción. El robo es un caso extremo de este caso: el costo externo impuesto a la víctima es igual al valor de lo robado. El ladrón roba hasta el punto en que el valor (marginal) de lo que roba es igual al costo (marginal) de lo robado; como ignora el costo para la víctima, el equilibrio se produce en un punto en que el costo marginal para todos los interesados es mucho mayor que el beneficio marginal.

4. El nivel eficiente de crimen

Al discutirse el mercado del robo, usé la palabra *valor* para describir simultáneamente el valor de lo robado para la víctima y el valor para el criminal, sin distinción. Éste es un uso razonable si lo robado es dinero, oro, títulos al portador, u otros bienes *líquidos*. Pero en otros casos no. Por ejemplo: he invertido 20 horas buscando en galerías de arte para encontrar una pintura que deseo en particular y la compré por \$100. Reemplazarla requerirá un esfuerzo similar y un gasto parecido, por lo tanto un ladrón que me la roba me perjudica más que por \$100. El ladrón tendrá suerte en venderla por \$50, aún si encuentra un comprador adecuado y la galería adecuada (que no reconozca la pintura ni su calidad), y obtendrá lo que la galería paga por las pinturas.

En este caso, el valor de lo robado para el ladrón es muy inferior al valor que tiene para la víctima. Por eso en muchas sociedades hay procedimientos establecidos mediante los cuales los ladrones revenden los objetos robados a sus propietarios. Un ejemplo extremo es el de los secuestradores. Roban una persona cuyo único valor para ellos es lo que pueden obtener revendiéndola a (representantes de) su “propietario”.

Esta divergencia sugiere otro enfoque para ver la ineficiencia del robo. Si ustedes tienen algo que tiene más valor para mí que para ustedes, no necesito robárselos. Se los puedo comprar. Los bienes que un ladrón desea robar pero que no desea comprar deben ser más valiosos para su propietario actual que para el ladrón potencial. Por consiguiente, las transferencias adicionales

que resultan posibles como consecuencia del robo son ineficientes – son transferencias de un bien a una persona que lo evalúa menos que su propietario actual. Por tal motivo se afirmó que el nivel eficiente de robo era cero. Hay excepciones: los “crímenes eficientes”. Supongan que, por ejemplo, ustedes se han perdido en medio de la selva y se están muriendo de hambre. Llegan a una cabina vacía y cerrada con candado que contiene comida. Rompen el candado, se alimentan y utilizan el teléfono para pedir ayuda. Casi con certeza, para ustedes el valor de usar la cabina fue mayor que el costo que impuso a su propietario, y estarán chochos de poder reemplazar la comida y el candado. El “crimen” transfirió un recurso – control temporario de la cabina – a gente para quien valía más que para el propietario inicial. Sólo se lo pudo hacer mediante el crimen, no mediante una transacción, ya que el propietario no estaba presente para vendérselos.

Éste es un ejemplo de un crimen eficiente – al menos si se adopta la definición de Marshall - . Un ejemplo menos exótico es acelerar el auto cuando uno está apurado. Hay límites de velocidad, en parte porque conducir muy rápido aumenta la probabilidad de un accidente. Es un costo pero inferior a infinito. Hay veces en que hacerlo cuando debemos tener algo rápidamente es suficientemente importante como para justificar manejar a 150 km/hora. Una forma en que la ley puede tratar estos casos es considerar ilegal conducir a más de 130 km/hora excepto cuando hay una razón importante para hacerlo. Un problema de esta ley es que sería difícil o imposible que un tribunal juzgue si la razón que ustedes esgrimen es suficiente como para justificar una excepción. Una solución alternativa sería que la ley imponga una penalidad suficientemente amplia de manera que sólo los que tengan una buena razón para manejar más rápidamente hallarán valioso violar la ley pagando la penalidad. En tal caso, acelerar siempre es un crimen – pero si el castigo es correctamente calculado, es un crimen que ocurrirá si y sólo si es eficiente.⁹

De esta forma una ley sobre la velocidad se transforma en un impuesto de Pigou, como un pago por emisiones contaminantes. Si los que contaminan la atmósfera pagan un derecho igual al daño causado a la capa de ozono, elegirán contaminar – y pagar – sólo si el valor de lo producido es mayor que su costo, incluyendo el costo de contaminación. En forma similar, si conducir a velocidad excesiva impone costos a otros conductores, se pueden utilizar tickets para obligar a los conductores a tener en cuenta estos costos cuando deciden cuán rápido deben conducir.

La regla es simple: *el monto del castigo debe ser igual al daño hecho por el crimen*. De esa forma, sólo se cometerán crímenes eficientes – crímenes cuyo valor para el criminal sea mayor que el daño causado. Pero un problema con esta regla es que no siempre los criminales son atrapados. Si un criminal enfrenta una probabilidad de 10% de ser apresado y juzgado, descontará el castigo en forma correspondiente al calcular el costo de cometer el crimen. En forma gruesa, entonces el castigo debería fijarse como el daño ocasionado multiplicado por diez para asegurarnos de que sólo se producirán crímenes eficientes. Una regla más precisa tendría en cuenta la actitud hacia el riesgo del criminal. Si es intolerante al riesgo, una probabilidad del 10% de perder \$100 desde su punto de vista es más que el equivalente cierto de perder \$10. Esto plantea un problema interesante: el sistema de aplicación de penalidades puede elegir entre diversas combinaciones de probabilidad y castigo; el mismo efecto disuasivo puede conseguirse con una multa de \$1.000 con certeza, un 50% de probabilidad de una multa de \$2.000, un 10% de probabilidad de una multa de \$10.000 u otras alternativas, incluyendo algunas en que el castigo no es una multa sino la prisión o la ejecución. ¿Cómo decidir cuál usar?

La respuesta puede ser hallada con los mismos principios de la teoría de la producción: el problema es elegir una mezcla de insumos que produce un producto dado. Lo primero es elegir un nivel de producto y decidir cuál es la forma menos costosa de producirlo. En el presente caso, el producto es el efecto disuasivo. Se obtiene imponiendo un costo al criminal. Tomo un castigo – una multa de p.ej. \$100 cierto a todo el que cometa el crimen. Considero todas las combinaciones

⁹ La eficiencia en sentido de Marshall difiere de la eficiencia de Pareto al requerir que toda la gente involucrada tenga la misma utilidad marginal del ingreso, y exige sumar sus utilidades para determinar si nos encontramos ante una mejora del bienestar social o no.

de menores probabilidades y mayores castigos que los criminales consideran equivalentes a pagar \$100 – que tendrán el mismo efecto de desalentarlos de cometer el crimen. Para cada combinación, calculo el costo de capturar a esa fracción de criminales e imponer ese castigo a cada uno. Hallo la combinación que minimiza este costo. Ahora conozco el costo de la combinación de costo mínimo de imponer un castigo esperado equivalente a una multa de \$100. Luego tomo otro castigo – por ejemplo una multa de \$200 cierta – y repito los cálculos. Cuando termine, habré hallado una curva de costo total de la disuasión y conoceré, para cada nivel de disuasión, qué combinación de probabilidad y castigo debo usar para producirlo.

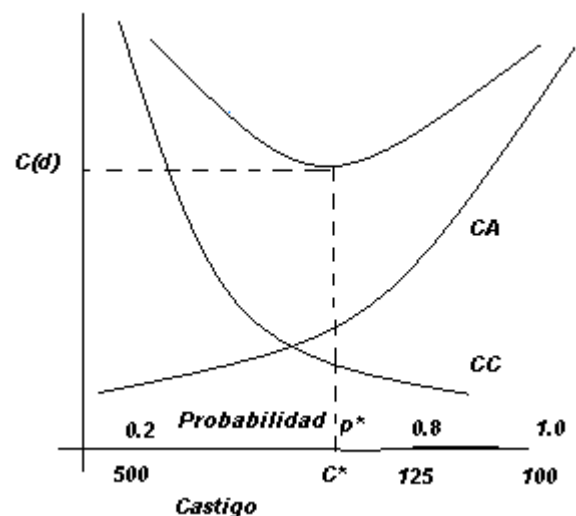
Hay dos tipos de costos en el cálculo realizado: el costo de aplicación y los de castigo. El primero es claro, porque representa los gastos de pagar a la policía, hacer funcionar a los tribunales, etc. ¿Qué se puede decir de los otros?

Consideren una *multa*. El criminal condenado paga \$1.000 y el sistema de tribunales recibe \$1.000. El dinero puede ser utilizado para pagar los costos de hacer operar el sistema de tribunales, ser entregado a las víctimas del crimen o transferido, directa o indirectamente, a alguna otra persona. Lo que pierde el criminal alguien más lo recibe, luego el costo neto es aproximadamente cero.

Supongan que, en lugar de una multa, el prisionero es *ejecutado*. Esto le cuesta la vida, sin ganancia alguna para los demás. Supongan que, en lugar de la multa o la ejecución, el prisionero es *encarcelado*. Esto le cuesta la libertad. Los demás no tienen nada a cambio – peor aún, se debe pagar el costo de mantenerlo en la prisión. El costo del castigo – para él y para nosotros – es mayor que el monto del castigo.

Como regla es *más fácil cobrar multas pequeñas que multas grandes*, porque los criminales serán capaces de pagarlas. Luego, como regla general, el costo del castigo crece con el tamaño del castigo. El costo de aplicación será, por otro lado, tanto mayor cuanto más grande sea el porcentaje de criminales que deseo atrapar. A medida que me muevo de pequeños castigos con elevada probabilidad a amplios castigos impuestos con baja probabilidad, intercambio un decrecimiento del costo de aplicación con un crecimiento del costo de castigo; y entre ambos extremos encuentro la combinación óptima.

La figura de la derecha muestra la lógica de la situación. Cambio la probabilidad de castigo desde 0 a 1, manteniendo constante el nivel *esperado* de castigo (igual a la probabilidad multiplicada por el castigo), y por consiguiente de disuasión. A menor probabilidad (p), mayor castigo (F). El eje horizontal muestra tanto la probabilidad como el castigo; el eje vertical muestra el costo. La curva CA es la curva de costo de aplicación. Cuanto mayor sea la fracción de criminales que deseo atrapar, más deberé gastar en policía y en tribunales, de modo que CA se eleva a medida que aumenta la probabilidad. La curva CC es la curva de castigo. A mayor castigo mayor será el costo de imponerlo, luego CC crece con el monto del castigo (y por lo tanto disminuye con el nivel de probabilidad). CA+CC es el costo total de aprehender y castigar a los criminales. Su mínimo se alcanza en p^* , luego p^* (y el castigo correspondiente) representa la combinación de costo mínimo de probabilidad y castigo para producir un nivel dado de castigo y por lo tanto un nivel dado de disuasión. Repitiendo el cálculo para cada nivel de disuasión voy a generar una curva de costo total $C(d)$, que muestra el costo de producir un nivel dado de disuasión, d .



Este análisis no ha tomado en cuenta el costo de aprehender y castigar a los criminales. Sea un crimen que produce un daño de \$10 cada vez que es cometido. Si no hay castigo, serán cometidos 100 crímenes por año, con un daño total de \$1.000 por año. El costo neto, incluyendo los beneficios a los criminales y suponiendo que las víctimas no gastan nada en protegerse, estará ubicado entre cero y \$1.000. La policía desearía imponer un pago esperado de \$10 a los criminales, como fue sugerido por la discusión previa. La manera menos costosa de lograrlo consiste en apresar a $\frac{1}{10}$ de los criminales y multarlos en \$100 a cada uno. Lamentablemente, el costo de hacerlo es de \$2.000 por año. ¡El nivel “eficiente” de castigo implica gastar \$2.000 a fin de eliminar menos que \$1.000 de daño neto! Esta es, obviamente, una respuesta errónea; en el caso descrito, la solución menos mala puede ser levantar 100 crímenes por año.

Como hemos visto, un análisis completo de lo que debería considerarse un crimen, del porcentaje de criminales que debería ser aprehendido, y de lo que debería hacerse con ellos presenta algunas complicaciones. La respuesta depende de la curva de oferta de ofensas, del daño producido por el crimen, y de las funciones de costo de aprehender, condenar, y castigar. Ahora tengo los elementos básicos del análisis a mano. ¿Cómo debería calcularse la solución eficiente para impedir el crimen? Comienzo con una función de costos que incluya los costos y beneficios para todos los afectados. Luego supongo que los criminales y las víctimas elegirán valores de las variables que controlan – cantidad de crimen y de defensa privada contra el crimen – y que maximizan su bienestar. Finalmente, hallo el valor de las restantes variables – porcentaje de criminales condenados, naturaleza y monto del castigo – que maximiza los beneficios netos.

Cuenta Gary Becker que en los 1950s y en los 1960s las discusiones intelectuales sobre el crimen estaban dominadas por la opinión de que la conducta criminal es causada por la enfermedad mental y la opresión social, y que los criminales no son más que “víctimas” indefensas.¹⁰ Había incluso un libro de un psiquiatra titulado *El Crimen del Castigo*. Tales actitudes comenzaron a ejercer una gran influencia sobre la política social, ya que las leyes permitieron aumentar los derechos de los criminales. Los cambios introducidos redujeron la captura y las condenas, y entrañaron menor protección de la población que tuvo que soportar las nuevas leyes.

“A mí no me resultaba simpático – cuenta Becker – el supuesto de que los criminales tienen motivaciones distintas a los demás. En lugar de eso, exploré las implicancias teóricas y empíricas del supuesto de que la conducta criminal es racional. Pero “racionalidad” no implica necesariamente un materialismo estrecho. Reconoce que mucha gente está restringida por convicciones éticas y morales, y no por ello comete crímenes aunque sean rentables y no haya peligro de ser detectado.

“La policía y las cárceles no serían necesarias si prevalecieran tales actitudes. La racionalidad implica que algunos individuos se transforman en criminales comparando la rentabilidad financiera del crimen con relación al trabajo legal, teniendo en cuenta la probabilidad de ser apresados y condenados. La cantidad de crimen está determinada no sólo por la racionalidad y las preferencias de los posibles criminales, sino también por el contexto económico y social creado por las políticas públicas, lo que incluye el gasto en policías, castigo por diversos crímenes, y oportunidades de empleo, escolaridad, y la existencia de programas de entrenamiento profesional. Ciertamente, los trabajos legales disponibles así como las leyes, el orden, y el castigo son parte integrante del enfoque económico hacia el crimen.

“[...] En etapas preliminares de mi trabajo sobre el crimen, me resultaba chocante considerar que el robo es socialmente perjudicial, ya que parece no constituir más que una redistribución de recursos, usualmente desde los más ricos a los más pobres. Resolví este intríngulis en 1968, ya

¹⁰ Gary S. Becker, *The Economic Way of Looking at Life*, slightly revised version of the Nobel Lecture, delivered December 9, 1992, in Stockholm, Sweden, Law and Economics Working Papers N° 12 (2d Series), Chicago Law School. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=16289&Itemid=0

que los criminales gastan en armas y en el valor del tiempo invertido en planificar y llevar a cabo sus crímenes, y ese gasto es socialmente improductivo – es lo que ahora se llama “búsqueda de rentas” – porque no crea riqueza, sino que solamente la redistribuye en forma forzada. El costo social del robo era aproximado por la cantidad de dinero robado ya que los criminales racionales sólo estarían dispuestos a gastar hasta ese nivel para cometer sus crímenes. Luego agregué los recursos gastados por las víctimas potenciales tratándose de proteger contra el crimen.

“Hay un motivo por el cual el enfoque económico del crimen se ha vuelto tan influyente, y es que el mismo aparato analítico puede ser usado para estudiar la aplicación de todas las leyes, incluyendo las leyes de salarios mínimos, los decretos sobre no-contaminación de la atmósfera, la violación de secretos comerciales y otras violaciones de las leyes de seguridad, y la evasión a las disposiciones tributarias. Como hay pocas leyes que sean auto-cumplibles, se requiere incurrir en gastos de condena y castigo para detectar a los violadores. La United States Sentencing Commission ha usado explícitamente el análisis económico del crimen para desarrollar reglas que deben seguir los jueces al castigar a los violadores de normas federales.”¹¹

“En los últimos veinticinco años el enfoque económico del crimen se ha vuelto algo común, lo que incluye el estudio del castigo óptimo para disuadir aumentos de la severidad de los crímenes – por ejemplo, para disuadir a un secuestrador de asesinar a su víctima – y la relación existente entre la aplicación pública y la aplicación privada de las leyes.

“Las multas son superiores a las penas de encarcelamiento y otros tipos de castigo porque son más eficientes. Mediante una multa, el castigo al culpable es también un ingreso para el Estado. [...] Las evaluaciones empíricas de los efectos sobre el crimen de la duración de la permanencia en prisión, tasas de condenas, niveles de desempleo, desigualdad de ingresos, y otras variables ya son numerosas y más precisas”¹² La gran controversia es si la pena capital disuade el asesinato, y ésta es una controversia que está lejos de haber sido resuelta.”¹³

5. El delito y el castigo¹⁴

Adoptando el punto de vista de que toda infracción, como p.ej. estacionar en una zona prohibida, está motivada por una consideración económica, ya que el automovilista pondera posiblemente los beneficios de estacionar en esa zona y los costos de la multa en que podría incurrir por estacionar en forma indebida, un modelo económico puede aportar ideas útiles sobre los delitos y los castigos. Tómese por ejemplo el caso de los robos en las tiendas. El beneficio del ladrón es la utilidad de los artículos robados, mientras que el costo es la posibilidad de ser detenido y la multa y/o encarcelamiento correspondientes. Ahora analizamos el caso de un solo robo en almacenes en los que el ladrón no sabe qué artículo sustraer. Formulamos su problema de elección de la siguiente manera:

$$\text{Max}_x B(x) - C(x),$$

donde x es el valor del artículo, $B(.)$ los beneficios que le reporta ese artículo y $C(.)$ los costos totales en que espera incurrir. Si el sistema jurídico-penal determina la forma y magnitud de los costos impuestos al ladrón, ¿qué forma debería adoptar el castigo para disuadirlo de robar?

¹¹ <http://www.ussc.gov/>

¹² V. Isaac Ehrlich (1973) Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation, *Journal of Political Economy*, 81.

http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=11620&Itemid=0

¹³ V. Isaac Ehrlich (1975) The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death, *Amer. Eco. Rev.* 85. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=11621&Itemid=0

¹⁴ Hal R. Varian, *Intermediate Microeconomics, A Modern Approach*, Capítulo 33 (Derecho y Economía). Versión en español: Antoni Bosch, editor, 5ª. ed.

Tratamos el caso más sencillo de una multa de $\$F$, suponiendo inicialmente que no depende del valor del artículo sustraído.

Por su naturaleza, la actividad delictiva no suele ser directamente observable. No todos los delincuentes son detenidos, por lo que sólo hay una cierta probabilidad de que se imponga la multa, que a su vez depende de los recursos asignados a perseguir los delitos. Utilizaremos e para denotar el grado de vigilancia, y la probabilidad de detección se escribirá como $\pi(e)$. Se supone que e es el gasto dedicado a la persecución de los delitos y vigilancia por parte de la policía. En este caso, el problema del ladrón puede formularse como:

$$\text{Max}_x B(x) - \pi(e) F.$$

La cantidad de delito que elige el individuo – es decir, el valor de los artículos robados – es la x que maximiza esta expresión.

¿Qué valor debe dar el Estado a e y F ? Al elegir x , el delincuente causa algunos daños a otras personas: en caso de robo, el costo incluye el valor de los artículos sustraídos, como así también el costo de las cerraduras, la seguridad contratada, etc., que se utilizan para protegerse de los robos. Supongan que el monto total de estos daños está representado por $H(x)$ y que el costo de la vigilancia viene dado por $c(e)$. Si actúa racionalmente, el Estado debería minimizar el costo neto de la actividad delictiva, con lo cual su función objetivo viene representada por:

$$[1] \quad \text{Mín}_{F, e} H(x) - \pi(e).F.x + c(e).$$

En esta expresión las multas cobradas $F.x$ forman parte de los beneficios del Estado. (Hay quienes argumentan que, como la multa es un pago de transferencia del infractor al Estado, debería excluirse del cómputo del costo social.) El Estado elegirá el grado de vigilancia y persecución de los delitos e y la multa F reconociendo que estas decisiones influyen sobre la cantidad de robos.

En [1] se tiene que el costo esperado del delito para el delincuente, $\pi(e).F$, es independiente de su magnitud x . Esto implica que el delincuente optará por el nivel de x que maximiza sus beneficios netos, o bien decidirá no cometer delito. Si la función de beneficios del ladrón fuera creciente en x , sólo serían robados los artículos más valiosos. Fíjense que el ladrón se enfrenta al mismo castigo en forma independiente de lo elevado que sea el precio del artículo que sustraiga, con lo cual tiene sentido robar el más valioso (esto es, suponiendo que es igualmente difícil robar todos los artículos considerados). Aquí surge una cuestión importante: *una disuasión eficaz debería imponer un costo marginal creciente al delincuente*, ya que si el costo es independiente de la magnitud del delito, el delincuente quizá decida cometer el mayor delito posible. La cuestión es muy relevante en el caso de los delitos más graves: si la pena prevista por el asalto a un banco es similar a la pena prevista en caso de asesinato, quien asalta un banco tendrá incentivos para asesinar a cualquiera que presencie el delito. Luego, se debería imponer una restricción a la formulación [1], en el sentido de que el delincuente debe pagar un costo superior por los delitos más graves. Re-escribiendo [1] a fin de que la multa al delincuente sea proporcional a la magnitud del delito:

$$[2] \quad \text{Max}_x B(x) - \pi(e) Fx.$$

En equilibrio, el nivel de delito será elegido de forma tal que se iguale el beneficio marginal con el costo marginal:

$$[3] \quad B'(x^*) = \pi(e) * F.$$

Luego, cuanto mayor sea el grado de vigilancia y mayores sean las multas, más elevado será el costo marginal que sufrirá el delincuente, lo que reducirá el nivel de actividad delictiva. Supongan ahora que el Estado decide tolerar un cierto nivel de actividad delictiva. ¿Cómo debería fijar el valor de e y de F para imponer este nivel de la manera más eficaz posible (esto es, de tal forma que se reduzca al mínimo el costo para el Estado)? Según la ecuación [3], el Estado debería fijar la multa de tal manera que la elección del delincuente, x^* , sea igual al nivel de tolerancia pre-establecido. Ahora bien, en esta ecuación el nivel de actividad delictiva sólo depende del costo esperado de la actividad, es decir $\pi(e) F$. Si el Estado aumenta la cuantía de vigilancia e se trata de una decisión costosa para el Estado, mientras que aumentar la cuantía de la multa no impone costo alguno (en realidad, como las multas cobradas pueden ser utilizadas para cubrir los costos de vigilancia y detención, este aumento puede resultar beneficioso). Por lo tanto, el Estado debe fijar e al valor más bajo posible con el que la probabilidad de detección del delito sea positiva, y F al nivel más alto posible, tal que el producto $\pi(e) F$ satisfaga [3]. Esto muestra por qué a veces multas muy elevadas son impuestas en muchas comunidades por delitos pequeños pese a que el delito en sí causa un daño muy inferior a esa cantidad. Como es muy difícil sorprender al infractor en el momento apropiado es necesario imponerle multas muy elevadas para disuadirlo.

El aporte de Guido Calabresi Guido Calabresi, uno de los *padres fundadores* de L&E, publicó algunos documentos fundamentales en materia de costos de accidentes,¹⁵ incluyendo uno escrito con Jon Hirshoff,¹⁶ que ha sido uno de los artículos más citados del Yale Law Journal. En estos artículos, y en el libro consiguiente *The Costs of Accidents - A Legal and Economic Analysis* (1970) sentó los fundamentos del análisis económico del derecho de la responsabilidad civil. Los abogados tendían a ver las normas de responsabilidad con el único objetivo de la indemnización. Según Calabresi, el principal objetivo de estas normas es minimizar los costos por accidentes. Estos costos pueden ser divididos en tres categorías: los costos accidentes de primer orden quedan determinados por la cantidad y severidad de los accidentes; los de segundo orden se materializan si no hay una diversificación óptima de riesgos; y los de tercer orden son los costos en que incurre el sistema legal con el fin de establecer y hacer cumplir las responsabilidades. Este poderoso marco analítico permitió incorporar cuestiones de eficiencia y de justicia. La eficiencia se ve reforzada por la disuasión de actividades perjudiciales, lo que reduce los costos de accidentes de primer orden. Las consideraciones de justicia tienen lugar cuando se evalúa el objetivo de diversificación óptima de riesgos (es decir, la reducción de los costos de segundo orden). A fin de reducir los costos de primero y tercer orden, Calabresi desarrolló su conocido concepto del *cheapest cost avoider*, que intenta expresar una meta deseable a la cual debería ajustarse el instrumento o conjunto de instrumentos institucionales que se empleen para alcanzarla. Puede resumirse en la aspiración normativa que indica que debe evitar los costos derivados de los daños la parte que esté en condiciones de hacerlo a menor costo. Con esa finalidad en mente, es posible adoptar la decisión social acerca de cuál sería el instrumento (un sistema de responsabilidad objetiva o subjetiva, un sistema administrativo de compensaciones, etc.) que cumpla mejor, y también, ajustar el diseño –



Guido Calabresi (1932-)

¹⁵ Guido Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, The Yale Law Journal, Vol. 70, No. 4 (Mar., 1961), pp. 499-553.

http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers&sei-redir=1#search=%22Some%20Thoughts%20Risk%20Distribution%20Law%20Torts%22

¹⁶ Guido Calabresi and Jon T. Hirschoff, Toward a Test for Strict Liability in Torts, 81 Yale. L.J. 1055 (1971-1972). http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3044&context=fss_papers&sei-redir=1#search=%22Towards%20Test%20Strict%20Liability%20Torts%22

la “sintonía fina”-- de cada uno de esos instrumentos.¹⁷ Hasta el presente, la estructura analítica desarrollada en *The Costs of Accidents* facilitó una estructura muy poderosa para organizar la discusión sobre la fuerza y debilidad de normas divergentes de responsabilidad en diversas áreas del derecho de daños, desde los accidentes de tráfico hasta las malas prácticas médicas y el daño ambiental.

6. Aplicación del derecho: ¿pública o privada?

Cuando se habla de aplicar la ley, es usual que se quiera significar su aplicación por oficiales policiales. Pero buena parte de la aplicación de la ley es de carácter privado. Si alguien les quiebra un brazo, llaman a la policía, pero si les rompen una ventana o incumplen un contrato, llamarán a un abogado. En un caso, la ley es aplicada por empleados del gobierno que reúnen evidencia, la presentan ante el tribunal o corte, obtienen la multa, y administran la prisión (y en US pueden hasta apretar el botón de la silla eléctrica). En el otro caso, la ley es aplicada por un individuo privado, que trabaja por un salario o participación en el acuerdo, que es responsable de reunir la evidencia y presentarla ante el tribunal o la corte, y conjuntamente con su empleador, la parte agraviada, recibe la “multa” pagada por el delincuente condenado.

En nuestro sistema (como en los US) la división entre aplicación pública y privada corresponde groseramente a la división entre derecho penal y derecho civil.¹⁸ El derecho penal involucra policía, abogados de distrito y sentencias a los criminales; el derecho civil involucra detectives privados, abogados privados y daños y perjuicios pagados por los demandados a los demandantes. La sustancia es similar aunque puede variar en sus formas. En ambos casos se alega que alguien hizo algo que no debía hacer, y en ambos algo desagradable le sucede al demandado condenado – ya sea un castigo o el pago de daños.

¿Constituye ésta una división natural? ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de cada sistema? ¿Se podría tener un sistema de aplicación completamente público, o privado? Éste es un tema

¹⁷ Las referencias a la fórmula de Hand son corrientes en la jurisprudencia norteamericana al decidir sobre la existencia de culpa en los procesos de daños. Del mismo modo, también son habituales las remisiones a la idea de *cheapest cost avoider*. Al contrario, en la legislación y jurisprudencia de los países de tradición romanista, la aparición de dichos términos suele ser excepcional. Para este punto consultar Hugo A. Acciarri y Melisa Romero, *La Fórmula de Hand y el Cheapest Cost Avoider en el Derecho de Daños Argentino*, *La Ley Buenos Aires* 2007.5 (2007): 517-526. http://works.bepress.com/hugo_acciarri/2

¹⁸ A lo largo de este capítulo uso la denominación derecho civil aún cuando en muchos países correspondería denominarlo derecho anglosajón (o *common law*), un sistema jurídico derivado del aplicado en la Inglaterra medieval y que es utilizado en gran parte de los territorios que tienen influencia británica. Se caracteriza por basarse más en la jurisprudencia que en leyes. El derecho anglosajón se basa, sobre todo, en el análisis de sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o alguno de sus tribunales superiores (aquellos a los que se pueden apelar las decisiones tomadas por dicho tribunal) y en las interpretaciones que se dan de las leyes en estas sentencias. Por tal motivo las leyes pueden ser ambiguas en muchos aspectos, ya que se espera que los tribunales las clarifiquen (o que éstos lo hayan hecho sobre leyes anteriores, pero similares). Éste es el motivo por el cual en Estados Unidos aún se enseñan normas de la época colonial inglesa. Por otra parte, existen interpretaciones judiciales que crean figuras jurídicas nuevas, lo que en un principio era la norma, pero hoy es la excepción; sin embargo se mantiene la nomenclatura y se conoce como delito *estatutario*, por ejemplo, al delito creado por la ley. En la actualidad, es mucho más común que las leyes creen figuras completamente nuevas o que fijen estándares. Un detalle muy importante es que, en casos posteriores, la *ratio decidendi* de las sentencias previamente dictadas obliga a un tribunal (y a todos los tribunales inferiores a éste) a fallar de la misma manera o de forma similar. Por ello el estudio del sistema se basa en el análisis detallado de las sentencias de las cuales se induce la norma, estudio que culmina con la elaboración de un “caso típico”, comparado con la situación estudiada para ver si es similar o no. En muchos casos se analizan diversas sentencias que contienen el mismo principio, visto desde diversas ópticas, para extraer finalmente la norma que se aplicará al caso en estudio. Cabe observar que, dentro de los US, Louisiana es la única y fue la primera posesión estadounidense en la que se dictó un código civil, basado en el Código Napoleónico de 1804. Más adelante dedicaremos todo un capítulo a la comparación sistemática del derecho codificado y del *common law*.

que es ampliamente discutido entre los economistas que analizan el derecho. El punto de vista que analizaremos a continuación es el expuesto por David Friedman.

Friedman considera que la presente división es contra natura e ineficiente. Lo que resulta claro es que son posibles distintas divisiones entre la aplicación privada y pública tal como se dan en otras sociedades y en otras épocas, incluyendo algunas en las que la aplicación es completamente privada; matar a alguien tiene como resultado un pleito en lugar de un arresto. Aunque ambos sistemas tienen ventajas y desventajas, una de las desventajas inherentes a la aplicación pública es ilustrada por la siguiente “historia inmoral”:

Ustedes son oficiales de la policía que pillaron los bienes en mis cercanías. Obtuvieron evidencia suficiente como para arrestarme y condenarme; el castigo resultante, para mí, sería el equivalente a una multa de \$20.000. En lugar de ello, podría tratarse de una pena de prisión por la cual yo pagaría hasta \$20.000 para evitarla. En esta historia supondremos que se da el primer caso.

Arrestándome ustedes elevarán su reputación profesional, aumentando en alguna medida la probabilidad de una futura promoción. Esto les significa a ustedes \$5.000 de ingreso futuro incrementado. El resto de la historia está claro; ustedes me arrestan y yo soy condenado. Desde el punto de vista del análisis económico, el resultado también está claro. Ustedes tienen algo – la evidencia en mi contra que vale \$5.000 para ustedes y \$20.000 para mí. En algún punto intermedio entre \$5.000 y \$20.000 debería existir una posible transacción en beneficio mutuo. Les pago \$10.000, ustedes queman la evidencia y... asunto concluido.

Éste es un resultado eminentemente satisfactorio, pero no constituye una forma demasiado efectiva de aplicar la ley. *En este aspecto, el sistema de aplicación pública de la ley no resulta incentivo-compatible.* El sistema requiere que ustedes hagan algo – arrestarme – para que funcione, y el sistema está armado para que hagan otra cosa. Por supuesto, el sistema tratará de controlar el problema – por ejemplo, castigando a los oficiales de policía que sean “agarrados con las manos en la masa, aceptando sobornos”. Pero así tendrá que asignar algunos de sus recursos limitados a arrestar oficiales de policía en lugar de criminales, lo que es un defecto.

Otra forma de resolver el problema es pagarles a ustedes, no un salario, sino el valor de las multas recibidas por los criminales que ustedes contribuyeron a condenar. En este sistema, ustedes pierden \$20.000 al quemar la evidencia, de modo que \$20.000 es el soborno más bajo que ustedes aceptarán. Como \$20.000 es para mí el costo de ser condenado, no tiene sentido que yo les ofrezca esa cantidad para dejarme libre – excepto quizá como una manera de ahorrarme el tiempo y el costo de ir a juicio. Si yo los soborno, es como si no hubiera habido daño; pero aún tengo que pagar \$20.000 y ustedes tienen que recibirlos. ¡Lo único que se ha hecho es eliminar al intermediario!

Esto puede sonar como un sistema extraño y corrupto, pero es la forma en que actualmente es aplicado el derecho civil. La aplicación la realiza un abogado, actuando como agente de la víctima; la multa es pagada por el acusado a la víctima. Lo que llamamos soborno en el derecho criminal es llamado un acuerdo extrajudicial en el derecho civil. Lo único que tenemos que agregar al esquema para que se corresponda exactamente con el derecho civil ordinario es que el reclamo al criminal empiece siendo propiedad de su víctima; el oficial de policía – que en este sistema es un empresario privado en lugar de un empleado del gobierno – compra el reclamo a la víctima antes de aprehender al criminal.



Elementos de un sistema similar de aplicación de la ley criminal existieron en US durante el siglo XIX, como surge de los carteles *Buscado Vivo o Muerto: Recompensa \$500* que eran familiares en el Lejano Oeste. Los policías de ese sistema eran denominados *cazadores de recompensas*. Un sistema completo de aplicación privada de la ley existió en Islandia en la temprana Edad Media (930 DC-1262 DC). No sólo el asesinato era tratado como una ofensa civil, sino que la aplicación del veredicto de los tribunales, incluyendo la tarea de apresar a los delincuentes condenados que rechazaban pagar y que a renglón seguido eran declarados fuera de la ley, quedaban en manos de los demandantes y de sus amigos, que a continuación podían reclamar la multa pertinente.¹⁹ Por extraño que parezca, el sistema funcionó bastante bien; la sociedad de la que formaba parte fue una de las más interesantes y – de alguna manera – más atractivas que existieron por entonces. Fue la fuente de sagas originales escritas en los siglos XIII y XIV y que en muchos casos todavía son publicadas en nuestros días.

Pero la aplicación privada de la ley también tiene problemas. Uno es la *liquidez*, si un criminal no tiene recursos suficientes para pagar una multa elevada. Un sistema público lo puede encarcelar (o en casos extremos ejecutar), pero no existe algo equivalente bajo un sistema privado. Aunque “una libra de carne” agregue contenido dramático al teatro de Shakespeare²⁰ su valor de mercado es cero. Si la aplicación privada del derecho no puede obtener ganancias apresando criminales, no tendrá incentivo a hacerlo, de la misma manera que con derecho civil existen escasos incentivos a entablar demanda contra alguien que no puede pagar, por más culpable que sea.

7. Responsabilidad civil

Esta rama del derecho trata situaciones en las que una parte intenta recuperar daños originados por el causante. Las leyes de accidentes caen dentro de esta categoría.

El análisis económico de los accidentes comienza cuando se observa que no son totalmente accidentales. Yo no elijo atropellar a una persona caminando, pero sí elijo qué tipo de auto conducir, con qué frecuencia y velocidad manejar, y cada cuánto examinar su sistema de frenado. Estas decisiones y otras afectan la probabilidad de que tenga un accidente y por consiguiente el costo que mi conducta al conducir impone a terceros. ¿Cuáles son las reglas legales que me llevarán a tomar mis decisiones de la manera más eficiente posible?

Por ejemplo, una persona (causante) transita por una carretera y otra (la víctima) cruza la carretera. El enfoque más sencillo de generar una conducta eficiente es por regulación directa. Si las leyes determinan cuántos autos pueden ser manufacturados, a qué distancia la gente puede trasladarse y a qué velocidad, caemos en problemas de monopolios, bienes públicos y externalidades. Para un nivel eficiente de todas las variables, la legislatura requeriría información detallada sobre gustos y capacidades a la que no hay forma de acceder; si tuviera esta información, usarla para calcular y aplicar las conductas óptimas implicaría un problema matemático monstruoso. Y subsiste después de todo el interés de los legisladores en hacerlo así.

Problemas similares surgen si se trata de controlar los accidentes mediante impuestos de Pigou sobre el comportamiento de quienes los ocasionan: se trata de impuestos sobre una actividad de mercado que genera externalidades negativas. Se supone que el impuesto corrige el resultado del mercado. En presencia de externalidades negativas, el costo social de una actividad de mercado no resulta cubierto por el costo privado de dicha actividad; en tal caso, el resultado de mercado no

¹⁹ David D. Friedman (1979) Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case, *Journal of Legal Studies*, March 1979. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=6602&Itemid=0

²⁰ En W. Shakespeare, *The Merchant of Venice* (Act 1, Scene 3), Shylock: “This kindness will I show. / Go with me to a notary, seal me there / Your single bond; and, in a merry sport, / If you repay me not on such a day, / In such a place, such sum or sums as are / Express'd in the condition, let the forfeit / Be nominated for an equal pound / Of your fair flesh, to be cut off and taken / In what part of your body pleaseth me.”

es eficiente y puede implicar sobre-consumir ese producto. El impuesto de Pigou se fija igual a la externalidad negativa a fin de retrotraer el resultado de mercado a la eficiencia nuevamente. Si hay externalidades positivas, es decir beneficios públicos resultantes de la actividad de mercado, éste tendrá una tendencia a sub-producir el producto. Un razonamiento similar sugiere crear subsidios de Pigou para aumentar la actividad de mercado.

La probabilidad de estar involucrado en un accidente depende de muchas elecciones, algunas de ellas observables pero otras no. Si conduciendo un kilómetro más impongo un costo esperado de cinco centavos a víctimas potenciales de un accidente, ése sería el impuesto que me llevaría a conducir la cantidad eficiente de kilómetros. Pero ¿qué impuesto me impedirá prestar más atención que la óptima a una radioemisora, y menor atención que la óptima a la ruta?

La solución consiste en cobrar por resultado: si soy causa de un accidente debo pagar su costo. Luego las externalidades son internalizadas; tengo incentivos para realizar un nivel eficiente de prevención de accidentes en todos los márgenes. En nuestro sistema, estos costos son impuestos mediante pleitos civiles por daños.

Esto da lugar a nuevos problemas. Conducir un auto se transforma en una especie de lotería con elevados premios negativos. Si los conductores son intolerantes al riesgo tendrán un incentivo a auto-asegurarse – lo cual redundará en que tendrán menos incentivos a tomar precauciones. Muchos conductores serán ilíquidos, y serán incapaces de enfrentar un accidente importante. Esto puede resolverse exigiendo que los conductores compren seguro, pero ello tendrá nuevamente un efecto adverso sobre los incentivos.

Existe un problema aún más profundo. Como fue señalado por Coase, el enfoque de Pigou tiene un error fundamental, al tratar a los costos externos como si fueran producto de sólo una de las partes. La probabilidad de que lo atropelle a usted depende tanto de sus decisiones como de las mías, de cuán cuidadosamente usted cruza la calle así como de cuán rápidamente estoy conduciendo. Idealmente, ambos deberíamos tomar precauciones. Pero si el conductor es responsable de todos los costos del accidente, el peatón no tendrá ningún incentivo para tomar precauciones.

Supongan que el causante toma ciertas precauciones (por ejemplo, no conduce a una excesiva velocidad) y la víctima decide cruzar en forma imprudente o no lo hace por la esquina. Tomar más precauciones ocasiona un costo al causante $c_j(x)$, donde x es la cantidad de prudencia adoptada (por ejemplo, el valor del tiempo perdido por conducir despacio). Denotamos como $L(x)$ la pérdida para la víctima si eligió el nivel x de precaución. Podemos esperar que ésta sea una función decreciente de x . Socialmente la pérdida social total a minimizar es $c_j(x)+L(x)$. La elección socialmente óptima de precaución es tal que el costo marginal para el causante de un aumento del nivel de precaución $c_j'(x)$ sea igual al beneficio marginal para la víctima de ejercer una conducta más prudente $-L'(x)$. Este nivel de precaución viene dado por x^* y será denominado *nivel socialmente óptimo de precaución*.

Normas de responsabilidad civil Las normas de responsabilidad civil imponen costos al causante del accidente y la forma en que se imponen estos costos influyen sobre los efectos de las normas. Algunas normas reguladoras de responsabilidad civil son las siguientes:

1 Ausencia de responsabilidad civil. El causante busca minimizar su propio costo sin reparar en el daño causado a la víctima. Elegirá el menor nivel de cuidado, dando lugar a un nivel que no es socialmente óptimo.

2 Responsabilidad civil estricta. El causante debe pagar todos los costos del accidente causado, es decir $c_j(x)+L(x)$. Asume por consiguiente los costos sociales totales y elige el nivel de precaución socialmente óptimo.

3 Norma de la negligencia. El causante sólo es responsable por las pérdidas asociadas al accidente si tomó menos precauciones que las determinadas por el tribunal – las *precauciones debidas o razonables* – que represento mediante x' . Si el tribunal determina que tomó las debidas precauciones, no será declarado responsable de los costos del accidente. Si el caso es que el tribunal establece que las precauciones debidas son iguales a las socialmente óptimas, $x'=x^*$. En este caso el causante no elegirá un nivel de precaución $x>x^*$ porque no tendría ninguna responsabilidad y le resultaría costoso tomar precauciones excesivas. Tampoco elegirá una precaución $x<x^*$, porque en este caso será responsable de la totalidad de los costos del accidente. Por consiguiente, esta norma conduce a elegir el nivel óptimo de precaución x^* .

Observen que tanto la norma de la negligencia como la responsabilidad estricta consiguen el nivel socialmente óptimo de cuidado. Empero, la repartición de costos es distinta. En el segundo caso la víctima recupera todos los costos del accidente ocasionado por el causante. En el tercer caso, la víctima sólo es indemnizada por las acciones en las que el causante no hubiera tomado las debidas precauciones. Personas que tienen más probabilidad de ser víctimas preferirán la regla de responsabilidad estricta, mientras que aquellas que tengan más probabilidad de ser causantes preferirán la norma de la negligencia.

Accidentes bilaterales Este análisis supone ahora que tanto causante como víctima puedan dar origen al accidente. El costo para la víctima es $c_v(y)$ cuando adopta un nivel y de precaución. Si $L(x,y)$ es la pérdida del accidente que dependerá del nivel de precauciones adoptadas por ambas partes, el objetivo social será ahora:

$$\text{Min}_{x,y} c_c(x)+c_v(y)+L(x,y)$$

Las condiciones a satisfacer son ahora dos: 1) el costo marginal para el causante de un aumento de su nivel de responsabilidad debe ser igual al beneficio marginal para la víctima de la reducción del costo esperado del accidente; 2) el costo marginal de la víctima si aumenta su nivel de precaución debe ser igual al beneficio marginal que obtiene como consecuencia de la reducción de los costos esperados del accidente. ¿Cómo influyen las distintas normas de responsabilidad civil?

1 Ausencia de responsabilidad. El causante del accidente elegirá un nivel nulo de precaución y la víctima el nivel que minimiza sus costos totales. No será una conducta socialmente óptima.

2 Responsabilidad estricta, en que la víctima es compensada por todos los costos impuestos. Luego no tiene incentivos para adoptar precauciones, $y^*=0$. El causante elegirá el nivel de precaución óptimo para él, dada la conducta temeraria de la víctima. Este resultado tampoco es socialmente óptimo.

3 Reparto estricto de las pérdidas. El causante debe pagar una proporción $1>\beta>0$ de los costos del accidente. Elegirá el valor de x que minimiza $c_c(x)+\beta L(x,y)$. Dada esta situación, su nivel de cuidado x^* será inferior al óptimo social. La víctima elegirá y tratando de minimizar $c_v(y)+(1-\beta)L(x,y)$ con lo cual el nivel de cuidado también será demasiado bajo socialmente hablando.

4 En la norma de la negligencia, en que el causante es responsable a menos que demuestre que tomó las debidas precauciones, supondré que la víctima adopta el nivel socialmente óptimo y^* . Si el causante espera que la víctima tome suficientes precauciones, estoy en el caso en que el accidente tiene una sola causa y elegirá $x=x^*$. La víctima se enfrenta al costo $c_v(y)+L(x^*,y)$. Elegirá la precaución que minimiza esta expresión que es y^* . *Cuando cada parte elige el nivel de precaución socialmente óptimo, tenemos un equilibrio de Nash en el caso de la norma de la negligencia.* Si este equilibrio es único, tengo como resultado que la norma de la negligencia conduce a un resultado socialmente óptimo.

5 *Responsabilidad estricta con posibilidad de alegar negligencia.* En este caso, el causante es responsable a menos que pueda demostrar que las precauciones adoptadas por la víctima son inferiores a las razonables y' . Si la ley establece que el nivel de precauciones y de la víctima es igual al socialmente óptimo, ambas partes elegirán el nivel socialmente óptimo.

El problema esencial de las leyes de accidente, como en otras formas más directas de regulación gubernamental, es que no tenemos dioses burocráticos. Si existiera alguna institución, organismo regulatorio o tribunal, que conociera todo y persiguiera el bien común, tener resultados eficientes sería algo relativamente simple. En realidad, debemos escoger entre una desconcertante variedad de soluciones imperfectas, privadas y públicas, criminales y civiles. El análisis económico del derecho ayuda a entender el problema pero hasta el momento no ofrece respuestas claras.

8. Derecho, economía y externalidades

La solución de Pigou Supongan que hay dos empresas que presentan externalidades entre sí. Las funciones de costo son las siguientes:

$$C_1 = 0.1q_1^2 + 5q_1 - 0.1q_2^2 \quad C_2 = 0.2q_2^2 + 7q_2 + 0.025q_1^2$$

La primera empresa registra economías externas y provoca deseconomías externas, debido a que un aumento de su producción aumenta el costo de la segunda empresa; lo contrario sucede con la segunda empresa. Si cada empresa iguala su costo marginal privado al precio competitivo de 15 pesos obtenemos:

$$\begin{array}{lll} 0.2q_1^0 + 5 = 15 & \rightarrow & q_1^0 = 50 \quad \pi_1^0 = 290 \\ 0.4q_2^0 + 7 = 15 & \rightarrow & q_2^0 = 20 \quad \pi_2^0 = 17.5 \end{array}$$

Pero ésta no es una asignación óptima de Pareto, que requiere la igualación del costo marginal social de cada empresa al precio competitivo:

$$\begin{array}{lll} 0.25q_1^* + 5 = 15 & \rightarrow & q_1^* = 40 \\ \pi_1^* = 400 & & \\ 0.20q_2^* + 7 = 15 & \rightarrow & q_2^* = 40 \\ \pi_2^* = -40 & & \end{array}$$

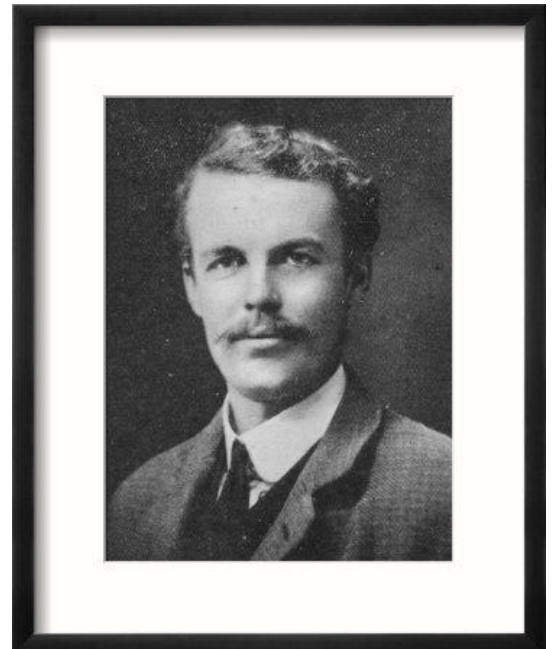
Impongo un impuesto de t pesos por unidad producida al producto de la firma I, y un subsidio de s pesos por unidad producida de la firma II. Si cada empresa sigue igualando su costo marginal privado al precio competitivo, se tiene:

$$0.2q_1 + 5 + t = 15 \quad 0.4q_2 + 7 - s = 15$$

Este esquema de impuesto-subsidio persigue lograr la asignación óptima de Pareto. Si sustituyo $q_1 = 40$ y $q_2 = 40$, obtengo la solución $t=2$ y $s=8$.

A fin de no alterar los beneficios iniciales de las empresas, las impongo o subsidio en forma global de manera que no se vean alterados sus beneficios:

$$\begin{array}{l} G_1 = \pi_1^* - \pi_1^0 - t q_1^* = 30 \\ G_2 = \pi_2^* - \pi_2^0 - s q_2^* = 262.5 \end{array}$$



Arthur C. Pigou (1877-1959)

Los niveles de utilidad de quienes recibían los beneficios no se han modificado por este movimiento hacia la optimalidad paretiana. Como efecto neto queda una recaudación neta de:

$$S = tq_1^* - sq_2^* + G_1 + G_2 = 52.5,$$

que constituye una suerte de *dividendo social* que podría ser utilizado para aumentar el bienestar de uno o más miembros de la sociedad. Por consiguiente, según A. C. Pigou, la externalidad es un caso de intervención gubernamental, ya sea con un impuesto en caso de externalidad negativa sobre su productor o un subsidio en caso de externalidad positiva. También Pigou plantea la posibilidad (que ha trascendido menos en la literatura económica) de la regulación. Pigou pone el ejemplo de una locomotora que despide chispas a bosques cercanos (los ferrocarriles causan un daño y deben compensar por el incendio de los bosques.)

Pigou consideraba que los impuestos son una manera de combatir los efectos secundarios asociados a ciertas actividades. Se han utilizado sus argumentos para justificar tributos sobre los cigarrillos, el alcohol e inclusive los embotellamientos de tránsito. Sus defensores argumentan que podrían ser usados para liberar a los estadounidenses de su dependencia de la nafta, que degrada el ambiente y congestiona el tránsito.

Coase ataca a Pigou En un documento famoso,²¹ Ronald Coase formuló un ataque al enfoque intervencionista hacia las externalidades, que él identificó con la obra de Pigou. Argumentó que Pigou y otros economistas habían dejado de lado el hecho de que cuando una parte impone daños a la otra, la extensión de los daños causados depende de la acción de ambas partes y que una eficiente asignación de recursos puede requerir que ambas ajusten su conducta.

Afirmó: *El enfoque tradicional (de los problemas donde las empresas comerciales producen efectos dañinos a otros) ha terminado oscureciendo la naturaleza de la decisión que debe ser tomada. Habitualmente, la cuestión es presentada como una situación donde A causa daño a B y donde lo que debe decidirse es cómo limitar la acción de A. Pero esto es erróneo, porque el problema es de naturaleza recíproca. Evitarle un daño a B llevaría a causarle un daño a A. Lo que realmente debe decidirse es: ¿debemos permitir a A que cause un daño a B o permitirle a B causar un daño a A?*

El *Teorema de Coase* describe la eficiencia económica de una asignación de recursos o resultado en presencia de externalidades. Afirma que cuando es posible comerciar una externalidad y no existen costos de transacción, la negociación conducirá a un resultado eficiente sin tener en cuenta la asignación inicial de los derechos de propiedad. En la práctica, pueden surgir obstáculos a la negociación o derechos de propiedad que estén definidos de forma pobre y que terminen haciendo imposible una negociación de Coase. Este teorema, conjuntamente con su trabajo de 1937 sobre la naturaleza de la empresa, le valió a Coase ganar el premio Nobel 1991 de Economía. Este teorema es muy importante para los análisis modernos de la regulación por el gobierno, especialmente en el caso de las externalidades.²² Desde los 1960s, hubo una literatura voluminosa sobre el teorema de Coase y sobre sus aplicaciones, demostraciones y críticas, que no ha dejado de crecer.

Coase pensaba que el establecimiento de reglas de responsabilidad legal que especifican los derechos de propiedad iniciales son el punto de partida a partir del cual la negociación privada alcanzará un resultado final: *Es necesario conocer si el negocio que causa el daño es o no responsable del daño causado dado que si no se establece una delimitación inicial de derechos puede no existir ninguna transacción de mercado para transferirlos o volver a combinarlos. Pero el*

²¹ Ronald H. Coase, The problem of social cost, The Journal of Law and Economics, Volume III, October 1960. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=2130&Itemid=0

²² Fue George Stigler quien, en un libro de texto de economía de 1966, lo denominó *teorema*.

resultado final (que maximiza el valor de la producción) es independiente del sistema legal si suponemos que el sistema de precios funciona sin costos.

*Los gobiernos no son árbitros perfectos, dicen los opositores al Club Pigou.*²³ Amparado en el espíritu de Ronald Coase, adversario intelectual de Pigou, un Club No Pigou ha tomado forma en internet. Coase sostenía que el impuesto pigouviano castigaba a productores y consumidores y podría tener otros efectos secundarios indeseables. Las personas deben ser capaces de resolver los efectos secundarios mediante negociaciones. Terence Corcoran, redactor de Financial Post de Canadá, mantiene un blog No Pigou en el que argumenta que tales impuestos son instrumentos desgastados y que los gobiernos no tienen información suficiente para manejarlos bien.²⁴

El propio David Friedman se unió recientemente al Club No Pigou, diciendo lo siguiente: “He sostenido con anterioridad que el calentamiento global del planeta es un fenómeno probablemente real, tal vez antropogénico, y que tal vez nos imponga costos reales aunque no catastróficos. La pregunta obvia es: ¿Qué podemos hacer sobre ello, si es que podemos hacer algo? Si yo fuera dictador del mundo, la respuesta sería bastante obvia: establecer impuestos sobre las actividades que crean gases de efecto invernadero a efectos de que reflejen los costos marginales causados. Ésta es la solución económica estándar, debida a Pigou, para los problemas originados en externalidades negativas. Como los impuestos allegan ingreso adicional, habría que combinarlos con una reducción de cualesquiera otros impuestos de efectos adversos más fuertes.”²⁵

“Pero no estoy a favor del impuesto al carbono. El motivo es que no creo que, de ser establecido, se comportase con arreglo al patrón descrito más arriba. Primero, no estaría basado en una estimación realista de los costos marginales; en la medida que estén basados en algo; si juzgo los argumentos en boga en Kyoto y propuestas similares, lo sería en alguna meta de reducción de emisiones. Si, como parece probable, el nivel de impuestos necesarios para reducir en forma sustancial el calentamiento global fuera muy superior al daño marginal causado, el resultado obtenido sería comprar una temperatura más baja a un precio muy superior a lo que vale, lo cual hace que la situación neta termine siendo peor, no mejor.[...] Hay gente absolutamente convencida de que el calentamiento global tendría consecuencias catastróficas pero que, curiosamente, no están dispuestas a sostener su convicción con otra cosa que no sea mediante argumentos para eludir el problema. Y observando un poco se ve que esta gente son la norma, y no la excepción del movimiento.

“Además, pienso que es improbable que el ingreso por los impuestos al carbono sea utilizado para reducir otros impuestos. Aquí hay una evidencia clara dada por el patrón repetitivo observando lo que sucede en las guerras. *Cuando hay una guerra, se introducen nuevos impuestos como medida de emergencia, impuestos que quedan firmes mucho tiempo después de que la guerra concluyó; siempre existe alguna manera políticamente rentable de gastar el dinero.* En el caso de los impuestos al carbono, estoy seguro de que serían usados como fuente adicional de ingresos, tal vez argumentando que ese dinero es necesario para mejorar los efectos de cualquier calentamiento global que continuara con posterioridad.

“Finalmente, sospecho que una aceptación amplia del punto de vista catastrófico del calentamiento global resultaría en muchas cosas más que impuestos al carbono. Significaría una nueva justificación para interferencias con motivaciones políticas en un amplio espectro de actividades humanas. Todo aquel que cuestionara esas políticas sería tildado de hostil y desafiante, y acusado de desear que Bangladesh quede seco y que los chicos africanos mueran

²³ Véase Financial Post, No Pigou Club. <http://network.nationalpost.com/np/blogs/fpcomment/pages/no-pigou-club.aspx>

²⁴ En efecto, Pigou aceptó ese argumento, aunque tardíamente, así que no está claro lo que habría pensado de la nafta y el calentamiento global. Una cosa es segura: como huracán amante de la naturaleza habría considerado que los efectos de la fama en Internet deben dar lugar, por supuesto, a impuestos.

²⁵ <http://daviddfriedman.blogspot.com.ar/2007/03/global-warming-carbon-taxes-and-public.html>

de hambre.[...] Por lo tanto, concluyo que los esfuerzos serios para combatir el calentamiento global tendrían costos elevados, que se justifican solamente si hay buenas razones para confiar en que, si no se los hace, habría efectos catastróficos.”

Coase desarrolló su teoría cuando consideraba la regulación de las frecuencias de radio. Las estaciones de radio competitivas podrían usar la misma frecuencia e interferir de esa manera con las transmisiones de las demás. El problema que enfrentaban los reguladores era cómo eliminar la interferencia y asignar apropiadamente frecuencias a estaciones de radio. Lo que propuso Coase en 1959 fue que, siempre que los derechos de propiedad sobre esas frecuencias estén bien definidos, no importa en última instancia si las estaciones de radio adyacentes se interfieren unas a otras al transmitir en la misma banda de frecuencias. Tampoco es relevante a quién se le otorgan los derechos de propiedad. Su razonamiento era que la estación capaz de tener la mayor ganancia con la transmisión tendría un incentivo en pagar para que las otras no causen interferencia. Si no existieran costos de transacción, todas las estaciones llegarían a un arreglo mutuamente ventajoso. No importa que una u otra tenga el derecho inicial de transmitir; el derecho de transmitir terminaría del lado más capacitado para extraer el valor más elevado. Por supuesto, a las partes les importará a quién se otorgan inicialmente los derechos porque esa asignación tendrá un impacto sobre su riqueza, pero el resultado final seguirá siendo el mismo porque las partes comerciarán hasta alcanzar el resultado más eficiente. La *tesis de invariancia de Coase* es esta visión contra-intuitiva – de que la imposición inicial de la propiedad legal es irrelevante porque las partes llegarán eventualmente al mismo resultado.

Sin embargo, el punto de vista principal de Coase, que clarificó en su artículo *The Problem of Social Cost*,²⁶ citado cuando le fue otorgado el Premio Nobel de 1991, era que los costos de transacción no podían ser dejados de lado, y que por lo tanto la asignación inicial de los derechos de propiedad a menudo era un asunto importante. Como resultado, a veces se extrae una conclusión normativa del teorema de Coase: *los derechos de propiedad deberían ser asignados en origen a aquellos actores que saquen más provecho de los mismos*. El problema en la vida real es que nadie sabe con anticipación el uso más valioso de un recurso, y que también existen costos de reasignar los recursos por un gobierno. Otra conclusión normativa más refinada discutida a menudo en derecho económico es que el gobierno debería poner en marcha instituciones que minimicen los costos de transacción, de tal forma que los errores de asignación de recursos puedan ser corregidos de la forma más eficiente posible.

Aplicaciones El Teorema de Coase ha sido utilizado por los juristas y estudiosos del derecho en el análisis y resolución de disputas en materia de ley contractual y de responsabilidad extra-contractual.

En las leyes de contrato, a Coase se lo utiliza a menudo como un método de evaluar el poder relativo de las partes durante la negociación y aceptación de un contrato clásico tradicional o negociado. En Estados Unidos, en materia de responsabilidad civil, la aplicación del análisis económico a efectos de asignar responsabilidad por daños fue popularizada por el juez Learned Hand del 2º Circuito de la Corte de Apelaciones, en su decisión, *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947). La resolución del juez fue que la responsabilidad podría ser determinada aplicando la fórmula $B < PL$, donde B = costo económico y de otro tipo de protegerse adecuadamente contra daños previsibles, P= probabilidad de que se produzca el daño (o pérdida), y L = gravedad de la lesión o daño (pérdida). Esta decisión abrió la puerta del análisis económico en los casos de responsabilidad extra-contractual, gracias a la popularidad del juez Hand entre los estudiosos del derecho.

Una de las consecuencias a las que se arribó usando modelos de análisis económico, que incluían en forma predominante el teorema de Coase, fue que los modelos teóricos demostraron

²⁶ Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law and Economics* (October 1960). http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=11951&Itemid=0

que, si los costos de transacción no existen o son minimizados, disminuye la importancia de la asignación legal de responsabilidad o desaparece por completo. En otros términos, las partes llegarán a una solución económicamente eficiente que puede ignorar la estructura legal vigente.

Sean por ejemplo dos propietarios de tierra en la ladera de una montaña. La tierra del propietario 1 se encuentra más arriba que la del propietario 2, y existe un escurrimiento significativo y dañino de aguas desde el terreno 1 al terreno 2. Hay cuatro escenarios posibles:

1) Si existe la posibilidad de entablar una demanda (o sea, 2 podría demandar a 1 y ganar) y el daño a la propiedad es igual a \$100 en tanto que el costo de construir una pared para detener el escurrimiento es igual a \$50, eso significa que probablemente existirá una pared. El propietario 1 la construirá, o pagará al propietario 2 entre \$1 y \$50 para que tolere el escurrimiento.

2) Si existe la posibilidad de entablar una demanda y el daño es igual a \$50 en tanto que el costo de la pared es \$100, la pared no existirá. El propietario 2 hará la demanda, ganará el caso y el tribunal ordenará al propietario 1 que le pague a 2 \$50. Lo cual es más económico que construir una pared. En raras ocasiones los tribunales ordenan a la gente que haga o que no haga algo: prefieren indemnizaciones monetarias.

3) Si no existe causa para entablar demanda, y el daño es igual a \$100 en tanto que el costo de la pared es \$50, la pared será construida. Aunque 2 no pueda ganar el juicio, le terminará pagando a 1 una cantidad comprendida entre \$51 y \$99 para que construya la pared.

4) Si no existe causa para entablar demanda, y el daño es igual a \$50 en tanto que la pared cuesta \$100, la pared no existirá. 2 no tiene chances de ganar el juicio y la realidad económica de que se construya la pared es prohibitiva.

El teorema de Coase considera que estos cuatro resultados son lógicos porque los incentivos económicos serán más fuertes que los incentivos legales. El análisis legal puro o tradicional espera que la pared exista en los dos escenarios en los cuales 2 tiene causa para accionar, y que no existirá si 2 carece de causa.

Críticas La crítica principal al Teorema de Coase afirma que los costos de transacción son casi siempre demasiado altos para que tenga lugar una negociación eficiente. Por ejemplo, James Meade argumentó que aún en el caso simple del polen que levantan las abejas de un apicultor vecino a la siembra de un horticultor, una negociación de Coase sería ineficiente. El mismo Ronald Coase afirmó que no sería realista suponer que no hay costos al realizar transacciones de mercado, y que estos costos son “a menudo sumamente elevados, lo suficiente como para impedir la realización de muchas transacciones que serían llevadas a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionara sin costos”. Por otra parte, se podría afirmar que ésta no constituye una crítica, puesto que el teorema sólo considera situaciones sin costos de transacción (al menos esto es lo que afirmó Coase en una entrevista).²⁷

Otro tipo de crítica apunta a veces a los problemas asociados con los *bienes públicos* que se manifiestan en negociaciones coasianas. En muchos tipos de externalidades, la negociación no tiene lugar entre dos actores económicos, sino que las partes podrían ser una sola fábrica versus un millar de propietarios de los alrededores. Los críticos dicen que en tales situaciones, no solamente se elevan en forma extraordinaria los costos de transacción, sino que la negociación se torna más difícil por problemas básicos del dilema del prisionero. Por ejemplo, los derechos de propiedad podrían exigir que los terratenientes paguen para que la fábrica deje de contaminar; algunos terratenientes podrían alegar que el daño que les produce la contaminación es mínimo, en su intento de practicar *free-riding* con respecto a las billeteras de otros propietarios.

²⁷ Thomas W. Hazlett, Looking for Results, Reason.com, January 1997.
<http://reason.com/archives/1997/01/01/looking-for-results>

En este aspecto, la nueva economía institucional y los puntos de vista de Coase sobre la dinámica de instituciones, que a menudo han sido consideradas exógenas en el análisis neoclásico, facilita un punto de vista diferente sobre cómo son creados los bienes públicos. Como un contraejemplo de las visiones pesimistas de los modelos neoclásicos sobre los bienes públicos y la acción colectiva, Coase investigó la evidencia empírica de los faros, que tal vez sea el ejemplo más remanido de bien público en los libros de texto. En un artículo, *El Faro en Economía*,²⁸ Coase señaló que, *contrariamente a la creencia de muchos economistas, el servicio de faros puede ser provisto por la empresa privada... [Antes del siglo XX] los faros eran construidos, operados, financiados y de propiedad de individuos privados, que podían vender el faro o disponer de él por legado.*

9. Derecho y regulación económica

¿Cómo se puede explicar la intervención del gobierno en los mercados (o regulación económica)? Esta intervención implica impuestos y subsidios de todo tipo así como controles explícitos legislativos y administrativos sobre las alícuotas impositivas, la entrada a los mercados y otras facetas de la actividad económica. Hay dos teorías que han sido propuestas para explicar la regulación: 1) la teoría del interés público, legada por la generación anterior de economistas a la generación actual de abogados, que argumenta que la regulación se ofrece como respuesta a la demanda pública para corregir prácticas de mercado ineficientes o inequitativas; 2) la teoría de la captura, aceptada por una rara mezcla de liberales del estado de bienestar, marxistas, y economistas librecambistas, que sostiene que la regulación es una respuesta a la demanda de grupos de intereses que se disputan entre sí a fin de maximizar el ingreso de sus miembros. Posner sostiene que, si bien la segunda teoría presenta diferencias cruciales, siendo la de los economistas la más prometedora, ambas teorías presentan flancos débiles tanto en los aspectos teóricos como empíricos.²⁹ En esta sección vamos a analizar ambos enfoques.

La teoría del interés público Los dos postulados que parecen estar apoyando a la primera teoría son que los mercados económicos son mecanismos altamente frágiles y que operan de forma ineficiente (o sin equidad) si son abandonados a su libre funcionamiento, y el segundo es que la regulación gubernamental no presenta virtualmente costos. Con estos supuestos, es muy sencillo argumentar que las principales intervenciones regulatorias del gobierno – protección a los sindicatos, regulación de las empresas de servicios públicos y de las compañías de transporte, energía pública y plantas de tratamiento, subsidios (o impuestos) agrícolas, licencias profesionales, salarios mínimos, tarifas – son simples respuestas del gobierno a una demanda pública para remediar las ineficiencias e inequidades del mercado libre palpables a simple vista. Detrás de cada esquema regulatorio se puede discernir alguna imperfección de mercado cuya existencia justifica alguna regulación efectiva que opera sin costos. Si esta teoría fuera correcta, se hallaría que la regulación es impuesta principalmente en las industrias altamente concentradas con riesgo de conducta monopolística y en aquellas que generan costos o beneficios externos sustanciales. No es lo que se encuentra en la práctica, ya que luego de muchos años de investigación teórica y empírica, los economistas han demostrado que la regulación no guarda una correlación positiva con la presencia de economías o deseconomías externas o con las estructuras de mercado monopolísticas.³⁰ Por ejemplo, pocos creen que existe una peculiaridad intrínseca del transporte aéreo que requiere que las tarifas y la entrada a la industria sean fijadas por el gobierno. Lo mismo puede decirse de los servicios de transporte por camiones, servicios de taxi, almacenamiento, transporte oceánico y otras industrias muy reguladas. Incluso el peligro de

²⁸ Ronald H. Coase, *The Lighthouse in Economics*, *The Journal of Law and Economics*, Vol. 17, Nº 2, October 1974. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=2131&Itemid=0

²⁹ Richard A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, NBER, May 1974
http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=9620&Itemid=0;

³⁰ Un resultado similar se puede apreciar en el caso argentino. V. FIEL, *El Fracaso del Estatismo, Una Propuesta para la Reforma del Sector Público Argentino*, Sudamericana-Planeta, 1987.

“fracaso de mercado” en áreas donde la regulación no fue tradicionalmente cuestionada, como la salud, la profesión legal, y la seguridad de los medicamentos y otros productos ha sido crecientemente descartado. El concepto del gobierno como un instrumento fiable efectivo y que no acarrea costos está siendo reconsiderado. La revisión teórica ha estimulado estudios de casos que demuestran que determinadas formas regulatorias del gobierno – ya se trate de taxis, productores de gas natural, camioneros, aerolíneas, operadores bursátiles, nuevos medicamentos, tarifas eléctricas, o radio-difusión – no pueden ser explicadas en base a que aumentan la riqueza o la justicia dentro de la sociedad.

Reformulando la hipótesis Esta evidencia empírica a veces ha sido criticada argumentando que los resultados decepcionantes del proceso regulatorio no surgen de ningún defecto del proceso sino más bien de debilidades personales o de los procedimientos que pueden ser (y serán) corregidos a medida que la sociedad gane experiencia en la mecánica de la administración pública. Esta reformulación de la teoría del interés público sostiene que los organismos regulatorios han sido creados con propósitos de buena fe, pero que están mal administrados, resultando que estos propósitos no siempre se alcanzan.³¹ Hay dos motivos para pensar que esta reformulación no alcanza. Primero, porque no tiene en cuenta que los resultados indeseables de la regulación con frecuencia son los buscados por grupos influyentes en la promulgación de la legislación regulatoria. Los ferrocarriles en US apoyaron la promulgación de la First Interstate Commerce Act, diseñada para impedir que éstos practicaran la discriminación de precios – porque la discriminación destruyó a los cártels ferroviarios.³² La ICC era un organismo regulatorio creada por la Interstate Commerce Act de 1887. El objetivo original del organismo era regular a los ferrocarriles (y más tarde a los camiones) para asegurar la vigencia de tarifas equitativas, eliminar la discriminación tarifaria y regular otros aspectos de las empresas de transporte público, incluyendo a las líneas de autobús y a las compañías telefónicas. El organismo fue eliminado en 1995, transfiriéndose sus funciones remanentes al Surface Transportation Board.³³ También en US, American Telephone and Telegraph (AT&T) presionó por la regulación del servicio telefónico porque quería evitar la competencia entre compañías telefónicas. Los camioneros y las aerolíneas soportaron que se extendiera la regulación del transporte a esas industrias porque consideraban que la competencia no regulada era excesiva. Segundo, la evidencia de una mala administración del organismo regulatorio es muy débil. Buena parte de esta evidencia, es, por el contrario, compatible con una teoría rival de que la típica secretaría de regulación actúa con una razonable eficiencia a fin de alcanzar en forma deliberada objetivos ineficientes o inequitativos fijados por los legisladores. Algunos organismos estatales son proclives a concentrar sus escasos recursos en casos irrelevantes – lo cual es consistente con una eficiente asignación de recursos dentro del organismo.³⁴ Tercero, dice Posner, no hay todavía una teoría tan convincente de por qué debería esperarse que un organismo estatal sea menos eficiente que otras organizaciones. En principio, la motivación que tiene un empleado del organismo para actuar en forma honesta y diligente es similar a la de una empresa comercial. En ambos casos busca avanzar (no necesariamente dentro del mismo organismo o empresa) y evitar ser despedido, degradado o humillado. Estas motivaciones hasta cierto punto son independientes del incentivo del jefe del organismo a imponer

³¹ Un ejemplo de este punto de vista es el de E. Pendleton Herring, *Public Administration and the Public Interest* (1936), que sostiene que el desafío de la administración pública es desarrollar técnicas para superar a los grupos de presión que amenazan con desviar los programas legislativos del objetivo de que sirvan al interés público. Ello evidencia, según Posner, cierta ingenuidad que lo lleva a Herring a sugerir que los grupos de intereses opuestos pueden ser armonizados para reivindicar el interés público. Lo más frecuente es que la armonía se logre a expensas del interés público. Sobre este aspecto volveremos más adelante.

³² Véase <http://www.u-s-history.com/pages/h743.html>

³³ Milton Friedman y otros economistas sostuvieron que los intereses de los ferrocarriles existentes se beneficiaron de las regulaciones de la ICC para reforzar su control de la industria e impedir así la competencia, dando lugar al fenómeno de *captura regulatoria*.

³⁴ Richard A. Posner, *The Behavior of Administrative Agencies*, Chapter in NBER book *Essays in the Economics of Crime and Punishment* (1974), Gary S. Becker and William M. Landes, eds. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=11627&Itemid=0

estándares de diligencia u honestidad sobre los empleados. Varios empleados querrán demostrar que poseen calidades excelentes con el fin de mejorar sus perspectivas para un mejor cargo.

La regulación es un intento honesto pero frecuentemente carente de éxito si introducimos otros dos factores que a veces son pasados por alto: 1) Uno es el carácter intratable de muchas de las funciones asignadas a los organismos regulatorios. El ejemplo más simple es la regulación de los precios de las empresas de servicios públicos y de transporte. Frecuentemente, se requiere determinar los costos de las empresas reguladas y fijar los precios según estos costos, y existen buenos motivos para pensar que el organismo carece de los instrumentos necesarios y de control, porque no existen. Se les pide algo imposible y no es sorprendente que fracasen en ese cometido. Lo cual deja sin explicar por qué las legislaturas o el poder ejecutivo imponen esas tareas. 2) El otro factor es el costo de una supervisión efectiva de la conducta del organismo regulatorio. Los cuerpos legislativos son un tipo de empresa cuyos costos de producción son muy altos y que, además, crecen muy fuertemente con su producción.³⁵ Ello surge de que la “producción” legislativa es un proceso de negociación dentro de un grupo amplio, los legisladores, y el análisis de los costos de transacción en otros contextos sugiere que la negociación entre varios individuos es un proceso de alto costo (que explica por qué las legislaturas sólo requieren votación por mayoría y no por unanimidad al tomar sus decisiones). Como los costos de negociación crecen fuertemente con el número de negociaciones, una legislatura no está en condiciones de responder eficientemente al crecimiento de tareas aumentando el número de sus miembros. De allí que se torne frecuente delegar cada vez más tareas a los organismos, y ejercer un control cada vez menor sobre los mismos. Esto da paso a una teoría del ciclo vital de la regulación administrativa: se crea un organismo cuando la legislatura tiene un marcado interés en el problema que será tratado por el organismo. Pero a medida que pasa el tiempo y aparecen otros problemas que deben ser resueltos por la legislatura, ésta no es capaz de continuar dedicando su tiempo a vigilar en forma apropiada – a costo razonable – a los organismos previamente creados.

Supuestos de conducta Esta teoría no establece ninguna vinculación por medio de la cual la percepción de un interés público se traslade a la acción legislativa. Ya sabemos que la teoría de los mercados competitivos explica cómo esfuerzos individuales en pro del interés de cada uno conducen a una eficiente asignación de recursos. Pero no existe una articulación semejante de cómo una percepción pública de cuáles serían las políticas de maximización del bienestar en el campo legislativo. No basta con decir que un votante votará por el candidato que prometa llevar adelante las políticas que el votante percibe que van en dirección al interés público, ya que puede haber otras políticas que le resulten más beneficiosas. Políticas que benefician al 51% de los votantes podrían imponer mayores costos sobre el 49% restante, en cuyo caso la mayoría estaría enfrentada a un conflicto entre los principios y el interés – y no hay evidencia de que sea probable que terminen votando en pro de los primeros.

Hay dos salidas a este problema. Una fue sugerida por Ronald Coase, que hizo énfasis en las diferencias entre la acción privada y la acción política. El supuesto de que la conducta de mercado está normalmente motivada por estrechas consideraciones egoístas es plausible porque la mayoría de las decisiones de mercado son bienes, no males sociales. Es cierto que una decisión de vender un nuevo producto puede causar daño a un competidor o a un grupo de trabajadores o de clientes, pero los que toman esa decisión pueden en general estar seguros de que estos daños serán más que compensados por las ganancias de otros. Otro enfoque es observar la colusión potencial entre los políticos. Cuando, como es general en las democracias políticas, sólo hay dos partidos políticos importantes (bipolaridad), y existen barreras no sólo para la formación de nuevos partidos sino para que asuma el poder de alguno de los dos partidos alguna facción contraria, hay oportunidades para que los políticos que dominan los partidos impongan sus propias preferencias sobre el electorado. También podrían usar su poder de monopolio para obtener ingresos

³⁵ Isaac Ehrlich and Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 3 J. Leg. Studies 257 (1974). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1127743 Este tema será abordado nuevamente en los capítulos XVII y XVIII sobre Public Choice.

pecuniarios – cosa que hacen indudablemente – pero supondremos que parte de sus beneficios de monopolio los realizan bajo la forma de satisfacerse imponiendo al público su concepto de lo que es el interés público. En tal caso, resulta plausible que algunas políticas sean adoptadas por resultar conformes al interés público – tal como lo conciben los políticos.

Variantes de la teoría de la captura Marxistas Una variante es la propuesta por el marxismo, resumida en el siguiente silogismo: las grandes empresas – los capitalistas – controlan las instituciones de nuestra sociedad. Entre ellas está la regulación. Luego las grandes empresas controlan la regulación. Pero según Posner, el silogismo es falso: hay muchas regulaciones que están al servicio de los intereses de pymes – o de grupos no empresarios, incluyendo la lechería, las farmacias, los peluqueros, los camioneros, y sobre todo, los sindicatos. Estas formas regulatorias (usualmente ignoradas o aplaudidas) son totalmente inexplicables en esta versión de la teoría de los grupos de interés o de la captura.

Formulaciones de los científicos políticos Hay una versión más interesante de la teoría de la captura basada en la ciencia política, particularmente en la obra de Bentley que pone énfasis en la importancia de los grupos de interés en la formación de la política pública. Aunque su trabajo está prácticamente desprovisto de teoría, los científicos políticos han desarrollado evidencia sobre la importancia de los grupos de intereses en los procesos legislativos y administrativos.³⁶ Hay ciertos rudimentos de una teoría utilizable: dice que, con el tiempo, los organismos de regulación terminan siendo dominados por las propias industrias reguladas. FIEL, en *La regulación de la competencia y de los servicios públicos*, observó diferencias cualitativas importantes. *Por una parte, los diseños regulatorios en gas natural [de la década de 1990] fueron apropiados, siendo organismos creados por ley del Congreso (de forma tal que la estabilidad política de sus miembros es superior), en los que se previó la realización de audiencias públicas abiertas y se establecieron mecanismos de selección del directorio y la estabilidad funcional que evidencian un esfuerzo por dotar a los mismos de autonomía. Por otro lado, en agua potable, telecomunicaciones y transportes los diseños fueron deficientes: no se previó la realización de audiencias públicas, mientras que los entes [regulatorios] fueron diseñados y/o creados por decretos del PEN (incluso comenzando a funcionar después de la reforma sectorial que debían administrar) sin independencia suficiente del poder político.*³⁷ Una evidencia similar fue detectada en Costa Rica, donde se menciona lo siguiente: *En el escenario costarricense, con un ente regulador con el objetivo de tratar de equilibrar los intereses de productores y consumidores, con una empresa monopólica estatal cuyo objetivo básico es la provisión de los bienes y servicios asociados que le fueron encomendados, en el marco legal que les exige continuidad, adaptabilidad, gratuidad (servicio al costo), regularidad, uniformidad y generalidad, en un marco de igualdad general, los intereses privados a los que se refiere la teoría de los entes reguladores de empresas privadas, no debería tener tanta relevancia, sin embargo este estudio, dados los datos disponibles, muestra lo contrario... La “captura del regulador” se evidencia en la presencia de factores ajenos a los explícitos en la metodología tarifaria, significativos a la hora de explicar los réditos para el desarrollo y tarifas observados durante el periodo. Tal es el caso de la significancia del ciclo político en la fijación de tarifas, que ocasiona que el rédito para el desarrollo cada primer año de gobierno (durante la década de los 90) fuese 2,8% superior a los niveles esperados; o la significancia de los atrasos o no presentación de ajustes tarifarios en 5 de los períodos*

³⁶ Arthur F. Bentley, *The Process of Government*, 1908. Sobre Bentley, véase Edgardo Enrique Zablotsky, *A Bentley's Approach to Public Policy. Some Empirical Support*, Junio 1992, CEMA. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=5167&Itemid=0 David B. Truman, *The Government Process: Political Interests and Public Opinion*, 1951. Para Argentina, v. Juan C. de Pablo, *Ejercicios de economía contrafáctica*, I, Nueva Mayoría, Mayo 2008, http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=11611&Itemid=0

³⁷ FIEL, *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos. Teoría y experiencia argentina reciente*, 1998. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=463&Itemid=0

estudiados, lo que indicaría que se generaron réditos para el desarrollo 3,28% menores a los esperados en cada periodo.³⁸

Empero, los enfoques analizados no sugieren razón alguna para caracterizar a la interacción entre organismo regulatorio y empresa regulada mediante una metáfora de conquista (captura), y con seguridad es mejor ver al proceso como resultado de una negociación implícita (y a veces explícita) entre el organismo y las empresas reguladas. La teoría no responde a varias cuestiones, y adicionalmente entra en contradicción con tres evidencias importantes. Primera, no todo organismo se caracteriza por estar dotado de virtudes prístinas; a menudo no hay oportunidad de captura. Existe hoy en día evidencia suficiente de que la ICC original perseguía en realidad apuntalar a los cárteles ferroviarios. Posteriores enmiendas, aprobadas a petición de la propia Comisión, parecen haber sido mucho menos favorables a los ferrocarriles. Esta secuencia es lo contrario de lo que predice la hipótesis de captura. Otra cuestión es que la teoría carece de poder predictivo o explicativo en el caso de un único organismo que regula a industrias separadas con intereses en conflicto. La ICC constituye de nuevo un ejemplo llamativo. Regulaba distintos modos de transporte – camiones, ferrocarriles, y transporte por barcas – y la teoría no predice cuál de esos modos sería favorecido por la ICC. Finalmente, la teoría de la captura ignora evidencia de que los intereses promovidos por los organismos regulatorios, con frecuencia, eran intereses de los usuarios más que los de las empresas reguladas.

La teoría económica de la regulación Esta fue una teoría propuesta por Stigler en un artículo que abrió nuevas perspectivas, seguido por otro complementario de Peltzman³⁹. A primera vista, la teoría parece ser una versión refinada de la teoría de la captura. 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.

Stigler fue pionero de la "economía de la información" y de la "economía de la regulación". Asoció las variaciones de precios entre mercados a la existencia de información pertinente, señalando cómo los mercados que son poco transparentes tienen su consecuencia en altos precios y en grandes beneficios para los agentes que disponen de información. En cuanto a la regulación pública, pasó a incorporarla al interior del sistema económico, estudiando cómo los grupos de presión intentan canalizarla en provecho propio, lo que lo llevó a defender la no-intervención pública. Entre sus principales trabajos cabe destacar *The Theory of Price* (4ª ed. 1987) y *Citizen and the State: Essays on Regulation* (1975).⁴⁰



George J. Stigler (1911-1991)
Premio Nobel de economía 1982

³⁸ Jorge Hernández, Abraham Sánchez y Allan Calderón, Captura del regulador? Fallas de la regulación de las tarifas eléctricas, El caso ICELEC en Costa Rica 1979-2000. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=1742&Itemid=0

³⁹ George J. Stigler, The theory of economic regulation, *Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (spring): 1971 http://www.giuripol.unimi.it/Materiali%20Didattici/Regolazione%20dei%20Mercati%20-%20Ammannati/STIGLER_economicRegulation.pdf; Sam Peltzman, 1976, Toward a more general theory of regulation, *Journal of Law and Economics* 19. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=9621&Itemid=0

⁴⁰ Otro documento relevante es George J. Stigler, *The Economics of Information*, *The Journal of Political Economy*, Vol. 69, No. 3 (Jun., 1961). http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=11923&Itemid=0

Stigler insiste, con los científicos políticos, en que la regulación económica está al servicio de los intereses privados de los grupos políticamente efectivos. Pero la teoría económica es más precisa y más afilada que la teoría política para ser confrontada con los datos. Más aún, sus supuestos son los supuestos habituales, en particular que la gente busca mejorar su propio interés y lo hace racionalmente. La teoría política de la regulación es muy elástica, lo que la hace factible de ser compatibilizada con cualquier conjunto de datos. Pero esto la debilita, ya que no la torna fácilmente contrastable. Las excepciones a la regla general de que los organismos regulatorios son capturados por las empresas reguladas son fácilmente explicados recurriendo a la personalidad de los legisladores, la opinión pública, la ignorancia, la sabiduría popular, etc. La teoría económica insiste en que la regulación sea explicada como resultado de las fuerzas de la oferta y la demanda.

Esta teoría se basa en dos puntos de vista muy simples e importantes. 1) Como el poder coactivo del gobierno puede ser usado para otorgar beneficios a individuos o a grupos particulares, la regulación económica – que es la expresión de ese poder dentro de la órbita económica – puede ser apreciada como un producto cuya asignación está gobernada por las leyes de la oferta y la demanda. 2) La teoría de los cártels ayuda a localizar las curvas de demanda y de oferta. Esta visión de la regulación requiere considerarla teniendo en cuenta su valor para individuos y grupos particulares – ya que, *caeteris paribus*, se espera que un producto sea ofrecido a quien lo valúa más alto. También concentra la atención en factores que hacen al costo de obtener regulación. La teoría de los cártels es de utilidad para ambos fines. El valor de la cartelización es mayor a mayor elasticidad de la demanda del producto de la industria y más lenta o costosa sea la entrada de nuevas empresas dentro de la industria cartelizada.

Hay dos costos importantes de cartelización (dejando de lado los costos de castigo, que únicamente son relevantes si la cartelización está legalmente prohibida). Primero está el costo de los vendedores de llegar a un acuerdo sobre el precio a ser aplicado por cada uno, y la cantidad que venderá – esto determina el beneficio del cártel. Segundo, el costo de hacerlo cumplir contra los que no participan del cártel y los que defecionan. Los cártels están plagados de problemas de *free rider*, con el riesgo de colapsar.

Como el efecto de los métodos comunes de regulación (control de la entrada, precios mínimos, excepciones a las leyes anti-monopolio) son los mismos que los de la cartelización – elevar los precios por encima de los niveles competitivos – por el lado de los beneficios, la teoría del cártel es claramente relevante. También lo es por el lado del costo. Los miembros de la industria deben ponerse de acuerdo sobre alguna forma de regulación. Y del mismo modo que los beneficios de una empresa individual se maximizan si permanece fuera del cártel (mientras que sus competidores estén adentro), cualquier individuo o empresa que se beneficie por cierto tipo de regulación tendrá algún incentivo para evitar “unirse a los demás” y así obtener la regulación. Si hay una regulación en camino, se beneficiará – no puede ser excluida de una regulación general, de la misma forma que un vendedor no puede ser excluido del beneficio de que sus competidores apliquen un precio de monopolio – pero, a diferencia de los participantes activos de la coalición, obtendrá su beneficio sin incurrir en costos.

La teoría de los cártels sugiere que la resistencia a cooperar en mantener un precio de monopolio es más probable que se supere si el número de vendedores cuyas acciones deben coordinarse entre sí es pequeño, lo que tiende a reducir los costos de coordinación y de vigilancia, y si los intereses de los vendedores son muy similares, lo que reduce el costo de llegar a un acuerdo. En forma similar, en un contexto regulatorio, a menor número de beneficiarios posibles de una regulación, más fácil será que puedan coordinar sus esfuerzos para conseguir la regulación. También será más difícil que alguno rechace cooperar sin causar el colapso de dicho esfuerzo. Por lo tanto, habrá una tendencia a que todos participen, sabiendo que una desertión es probable que sea seguida rápidamente por la desertión de los restantes miembros del grupo, dejando al desertor inicial en peor situación. También es importante la homogeneidad de intereses de los

miembros. A mayor homogeneidad de intereses en la regulación en cuestión, más fácil (o sea, menos costoso) será que lleguen a una posición común, y será más probable que la posición común no signifique la desventaja de algún miembro como para llevarlo a abandonar el grupo.

Pero el análisis de los cártels no es toda la teoría de la regulación. Si lo fuera, observaríamos que las mismas industrias consiguen protección regulatoria como si formaran cártels duraderos. No es lo que sucede en la práctica. Hay muchas industrias, como la agricultura, algunas ocupaciones, ramas del comercio minorista, e industrias manufactureras como la de los textiles, que han conseguido regulaciones favorables pero carecen de las características de un mercado cartelizado, en particular escasez de vendedores (según la experiencia en US). En industrias con elevada concentración es menos probable conseguir regulación favorable que en industrias de menor grado de concentración, lo cual invierte el sentido esperado con respecto a la incidencia de la cartelización. Y eso sucede por dos razones. La primera, que la demanda de regulación (derivada en el sentido de que mejora los beneficios de las empresas reguladas) es mayor en las industrias en las cuales no es factible o resulta demasiado costosa la cartelización. Carecen de buenos sustitutos para la regulación. La segunda, que en tanto que la cartelización es un producto puro de la cooperación entre las empresas, una regulación favorable requiere adicionalmente la intervención del proceso político. Algunas industrias pueden influir sobre este proceso a un costo más bajo que otras y puede tenerse como resultado que las mismas industrias no son las que pueden cartelizarse a bajo costo. La dimensión política de la regulación requiere introducir dos modificaciones en la teoría de los cártels aplicada a la regulación. Primero, como lo mencionó Stigler en su análisis del problema del *free rider*, todo miembro de una industria estará interesado en participar en una coalición buscando regulación de protección cuando existen asimetrías significativas entre las posiciones de los miembros de esa industria. La regulación de protección puede incluir limitaciones a la entrada a la industria, subsidios en efectivo, tarifas, etc. y según la forma elegida afectará en forma diferencial al bienestar de sus miembros, suponiendo asimetrías entre ellos. Si es así, cada uno tratará de participar en una campaña pro-regulatoria de modo que la elección de la forma de regulación buscada refleje su posición. El problema del *free rider* será más fácil de ser superado cuando haya pocas empresas en la industria, pero si hay una gran asimetría entre las firmas ni siquiera la presencia de muchas de ellas planteará un obstáculo demasiado grande para formar una coalición efectiva. Esto sugiere que puede resultar más barato para industrias numerosas conseguir regulación que cartelizarse privadamente.

En segundo término, los determinantes de la influencia política deben ser sopesados por el lado de la oferta del mercado regulado. Pero antes de hacerlo es necesario especificar qué características tiene el sistema político, ya que el sistema político de la ciudad de Chicago no es idéntico al de los US, ni al de Argentina.

Puede distinguirse entre tres formas diferentes de sistemas políticos, todas las cuales tienen algún rol en el sistema político efectivo de un país. Uno es el sistema que podríamos llamar *empresarial*, en el cual la legislación favorable es vendida a las industrias que lo valoran en mayor medida. Por este mismo motivo, éstas no serían las mismas industrias que conforman cártels privados. Los costos de la acción cooperativa son irrelevantes en este sistema: el gobierno puede utilizar su poder de fijar impuestos u otros poderes coactivos para que la industria supere cualquier problema de *free-rider* que se le presente, con el fin de que la industria cobre el precio máximo de adquisición de la legislación. El sistema siguiente sería el *coactivo*, donde la legislación es concedida a los grupos que amenazan en forma creíble con tomar represalias mediante actos violentos (o mediante el desorden, huelgas, o quejas) si la sociedad no les concede un tratamiento favorable. El tercer sistema sería el *democrático*, donde la legislación es concedida por el voto de representantes elegidos del pueblo. Como el coactivo, este grupo pone énfasis en la importancia de los números: no de los que amenazan sino de los que votan. Los grupos no son idénticos, pero existe un alto grado de solapamiento, *de modo que podemos predecir que la legislación económica de los regímenes dictatoriales será parecida, en un sentido amplio, a la de los regímenes democráticos*. La disposición al pago es similar tanto en el sistema empresarial como

en el democrático, dado que los legisladores son electos en campañas donde la cantidad de dinero gastado en nombre de un candidato ejerce una gran influencia sobre el resultado. A diferencia del caso empresarial, en un sistema democrático el problema del *free rider* sigue siendo serio, ya que puede poner un límite a la capacidad de una industria u otro grupo de intereses de realizar contribuciones importantes a una campaña electoral.

Lo anterior sugiere que, mientras que las características que predisponen a una industria a una cartelización exitosa pueden resultar también favorables para conseguir una regulación gubernamental ventajosa, una característica que desalienta a cartelizarse – que haya muchas empresas cuya cooperación se requiera para crear y mantener un cártel – es la que alienta a la regulación. Los grandes números tienen poder de votación (y también, potencialmente, coactivo) y aumentan la probabilidad de asimetrías de intereses que alentarán a una amplia participación en la coalición que pretende ser regulada.

Luego la teoría económica puede ser usada para explicar por qué vemos con tanta frecuencia legislación protectora en áreas como la pequeña agricultura, el trabajo, y las profesiones, que es donde la cartelización privada no sería factible. Hay evidencia importante sobre otras teorías; sin embargo, la teoría económica no ha sido refinada a tal punto como para predecir qué industrias serán reguladas. Lo cual exigiría conocer cuál es el número de miembros de una coalición que maximiza la probabilidad de regulación. Pero un caso en el cual la teoría produce una predicción inequívoca y contrastable es cuando la cantidad de empresas del mercado es reducida, lo que facilita la organización de la industria para la acción política efectiva, pero la cantidad de empleados es grande. Como los beneficios de la regulación protectora pueden dividirse entre los empleados y la empresa por medio de negociaciones colectivas, debe ser posible que las empresas induzcan a los empleados a “prestarles” poder de voto a fin de obtener la regulación. La industria no está en el mejor de los mundos, porque los beneficios de las empresas por una legislación favorable y su incentivo a obtenerla disminuirán por pagos a los empleados, que pueden llegar a ser considerables. La legislación que sea favorable para la industria, al elevar los precios, reducirá la producción y por consiguiente la demanda industrial de insumos, incluyendo trabajo. Esta reducción no sólo dañará a los empleados despedidos sino a los que permanecen en sus cargos – porque la disminución del número de empleados reduce su poder de voto que podrían ejercer en otras áreas. Estos costos serán considerados por el sindicato cuando tenga que negociar su parte en los beneficios otorgados por la regulación buscada por las empresas.

El mayor problema de esta hipótesis es que con pocas empresas, al reducirse los costos de una colusión privada, se reducirá la demanda industrial por regulación favorable. Luego, la teoría económica no se refuta observando que el ejemplo más evidente de tales industrias – la automotriz – no parece haber tenido éxito tanto en conseguir regulaciones beneficiosas o en frenar regulaciones desfavorables (como en materia de seguridad y de emisiones contaminantes). De cualquier modo, ésta es una de las industrias que, como tantas otras, presenta resultados ambiguos en esta área. Este ejemplo sugiere que la teoría económica todavía es tan esponjosa que cualquier dato es compatible con la hipótesis.

Para tener una teoría más afilada de la regulación se ha sugerido que un elemento importante es la concentración geográfica de la gente favorecida por la regulación, dado que el legislador hará sus mayores esfuerzos por conseguir un bloque mayoritario que ejerza suficiente influencia material sobre el resultado de la elección. Pero que esta afirmación sea válida aún no ha sido demostrado. Si hay un mismo número de votantes más ampliamente dispersos, ningún legislador les prestará mayor atención a su demanda pero habrá algunos que prestarán más atención y la efectividad neta del grupo de intereses en la legislatura *puede* ser mayor (se trata de una cuestión empírica si *será* mayor). Con esta afirmación también se está ignorando la importancia del Presidente del proceso legislativo. Un candidato a Presidente tiene pocos motivos para responder a los deseos de los bloques de votantes concentrados en provincias de voto disperso. *Todo esto confirma que la teoría económica de la regulación es, cuando mucho, un listado de criterios*

relevantes para predecir si una industria obtendrá (o no) legislación favorable. No se trata de una teoría coherente que produzca hipótesis carentes de ambigüedad y refutables.

Otra debilidad de la teoría es que, llevada a su culminación lógica, resulta no creíble porque excluye la posibilidad de que una sociedad preocupada con la capacidad de los grupos de interés en manipular el proceso político en favor propio establezca instituciones que permita consideraciones genuinas de interés público que influyan sobre la formación de la política. El requerimiento constitucional de pago de compensación en casos de expropiación es un ejemplo. En general, podemos concluir que hay varios ejemplos de leyes y de políticas públicas diseñadas para sostener un sistema de mercados que es más plausible explicar haciendo referencia a un interés social amplio en la eficiencia que haciendo referencia a los intereses estrechos de grupos de intereses. Aún se puede decir que, en algunas cuestiones, el grupo de intereses relevante es el de todos, o de casi todos. Pero al hacerlo así, se le quita al concepto de grupo de intereses toda su utilidad, colapsándolo con la teoría del interés público.

Pero entre todas las teorías, Posner no pudo conseguir evidencia empírica suficiente. Pero no pierde sus esperanzas: el supuesto general de que la economía del comportamiento humano puede ser comprendida mejor como la respuesta de seres racionales interesados en sí mismos a su entorno cambiante debe tener extensas aplicaciones dentro del proceso político.

Modelo de regulación de Peltzman El modelo de Stigler de la regulación, en el fondo, es un modelo basado en la demanda – es decir, que se basa en la lógica de la acción colectiva de Olson, al demostrar que las grandes empresas practicarán lobby más efectivamente, con el resultado de que casi siempre terminarán favoreciendo a los productores en lugar de a los consumidores. Peltzman es un experto en regulación y comportamiento de los votantes, y es autor del libro *Political Participation and Government Regulation* (1998).⁴¹

Peltzman busca actualizar la teoría de Stigler otorgando igual atención a los factores por el lado de la oferta – es decir, que podrían motivar a los reguladores a producir regulaciones que beneficien a los consumidores aunque haya una mejor actividad de lobby de los productores. Su objetivo primario es reemplazar el concepto vago de Stigler de “regulador” por la idea más concreta de “legislador”, con todas las motivaciones electorales que ello implica. El intento de Peltzman es presentar una teoría balanceada de la oferta y la demanda de regulación. La teoría termina especificando un equilibrio político de un regulador (que indica cuánto debería ceder ante la demanda de los productores). Para ello, comienza citando una referencia de Posner en la que éste afirma lo siguiente:⁴² *En el debate académico actual, hay dos puntos de vista sobre la regulación a las empresas públicas y de transporte público. El más conocido es que se trata de un mecanismo para proteger al público de los efectos adversos del monopolio; el otro sostiene que la regulación es ofrecida por grupos políticamente activos, compuestos por los miembros de la propia industria regulada, con el fin de lograr su propia protección. Según mi apreciación ninguno de estos puntos de vista explica un fenómeno importante de las industrias reguladas: la oferta deliberada y permanente de muchos servicios a tarifas más reducidas y en cantidades superiores a las que podría ofrecer un mercado competitivo no regulado, o, a fortiori, un mercado monopolístico no regulado. Este fenómeno sólo creo que puede ser explicado si modificamos los enfoques existentes aceptando que una de las funciones de la regulación es cumplir con las tareas de distribución y asignación que habitualmente asociamos con la rama tributaria o financiera del gobierno. Veremos que el análisis de los impuestos mediante regulaciones explica otros fenómenos confusos. Agrega Posner: Pero sería un error pensar que el análisis exige un rechazo completo, en lugar de modificar la visión existente de la regulación.* Luego, la literatura

⁴¹ Sugiero que vean el video (en tres partes) de Posner y Peltzman, discutiendo sobre la crisis financiera actual: <http://www.youtube.com/watch?v=WVuNio9nbo8>

⁴² Richard A. Posner, *Taxation by Regulation*, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), pp. 22-50. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18708&Itemid=0

regulatoria considera que la regulación es un punto de apoyo en el que intereses contrapuestos ejercen su presión para obtener más riqueza. Una conclusión casi universal es que, de los dos intereses opuestos del proceso regulatorio, los intereses del productor tienden a prevalecer sobre los del consumidor.

George Stigler esboza una *ley de rendimientos decrecientes del tamaño del grupo en política*: Pasado cierto punto, no resulta beneficioso reducir la transferencia per cápita. Como la transferencia total es endógena, surge el corolario de que los rendimientos decrecientes también se aplican a la transferencia, por efecto de la oposición provocada por la transferencia y por la demanda que esta oposición ejerce sobre los recursos para acallarla. Peltzman formaliza un modelo que sigue las líneas sugeridas por Stigler. Su resultado es que el costo de usar el proceso político fija un límite al tamaño del grupo dominante y también limita sus beneficios. Una de las conclusiones de Peltzman es que el regulador racional no aplicará un impuesto uniforme ni tampoco distribuirá los beneficios de manera igualitaria, sino que buscará una estructura de costos y beneficios que maximice los ingresos políticos.



Sam Peltzman

Apoyo político puede querer decir dinero o votos. Si una regulación propuesta incrementa el precio, tendrá dos efectos sobre el apoyo político. Los productores (al menos los favorecidos por la regulación) tendrán beneficios, y en consecuencia los legisladores tendrán más apoyo grupal. Y los consumidores tendrán que pagar más, de modo que los legisladores perderán apoyo de los votantes. Ganar significa sacar dinero y votos, de modo que los legisladores harán un balance entre estos dos tipos de apoyo en un punto de equilibrio que maximiza sus probabilidades de reelección.

Equilibrio político Dicho en lenguaje económico, todo el proceso tiene ganancias y costos marginales. Los reguladores quieren ser reelectos. Basan sus decisiones sobre una regulación propuesta en sus costos políticos marginales y beneficios políticos marginales.

Un beneficio marginal: cada cantidad adicional de protección otorgada a una industria le facilitará el tipo de beneficios de los que hablaba Stigler (contribuciones en las campañas de parte de las grandes empresas, etc.) Los beneficios marginales deben ser ponderados por la probabilidad de que los beneficiarios en realidad sostengan al regulador en el futuro. Un costo marginal: un aumento de protección reducirá el excedente del consumidor. Efectivamente, crea un impuesto implícito (basado en el tamaño del beneficio transferido a los productores y en el número de quienes no son beneficiarios dentro de la población, entre otras cosas). Los costos marginales son ponderados por la probabilidad de que este impuesto implícito sea tan elevado como para que los consumidores voten en contra del regulador en el futuro.

El regulador se encuentra en un *equilibrio político* cuando los beneficios marginales son iguales a los costos marginales. Esta búsqueda de ventajas políticas conducirá al regulador a suprimir algunas fuerzas económicas que hubieran podido afectar la estructura de precios (por ejemplo, el costo de abastecer a un grupo de clientes o su elasticidad de demanda tendrán un impacto diferente si hay regulación, en comparación con un mercado no regulado debido a la ausencia de restricciones políticas en el último caso). Al sustituir por criterios políticos o económicos el proceso de formación de precios se generan algunas implicancias interesantes: por ejemplo los *subsídios cruzados* (es decir, la eliminación de rentas a los productores sobre las ventas a algunos consumidores al fijar precios por debajo del costo a otros) seguirán un patrón sistemático en el que los consumidores de costo elevado serán subsidiados por los consumidores de bajo costo.

Concluye Peltzman que la teoría de la política tiene algo que aprender de esta experiencia. Aunque no se derivan más que algunas propiedades generales de las funciones de poder político, hay mucho para aprender sobre la conducta política en un mundo de restricciones cambiantes. Y la contribución específica de la economía a esta aventura será fortalecida si las restricciones son las que ya son habituales a los economistas. El aparato de oferta y demanda puede ser convertido en una restricción sobre la conducta regulatoria; una vez 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.⁴³

⁴³ Cabe mencionar un efecto que analizó Peltzman – llamado en la literatura el *Peltzman Effect* – que surge si el público ajusta su conducta a una regulación a fin de contrarrestar el efecto esperado de dicha regulación. Por ejemplo, si el gobierno establece una reglamentación de uso de cinturones de seguridad, algunos conductores reaccionarán manejando de forma menos segura. Resulta que este efecto es de aplicación muy amplia y que, como buena parte de otros trabajos de Peltzman, ha generado una verdadera industria para los economistas. Cuando el comportamiento de compensación de riesgo alentado por la regulación de seguridad tiene externalidades negativas, el efecto Peltzman puede resultar en la redistribución de riesgo hacia los transeúntes inocentes adversos al riesgo, incluso sin la regulación. P. ej., si algunos conductores tolerantes al riesgo que de otro modo no usarían cinturón de seguridad reaccionan a una ley de uso del cinturón de seguridad manejando de forma menos segura, habrá más colisiones. En general las lesiones y las muertes aún pueden ser más reducidas debido a un mayor uso del cinturón de seguridad, pero los conductores que usen cinturón de seguridad en todo caso verán que aumenta su riesgo total. Del mismo modo, las normas de seguridad para automóviles pueden poner a peatones o ciclistas en más peligro mediante el fomento de conductas de riesgo en los conductores, sin ofrecer una protección adicional para peatones y ciclistas. El Efecto Peltzman ha sido usado para explicar la Ley de Smeed, una observación empírica de que las tasas de accidentes de tránsito aumentan con el número de registros horarios de vehículos, y que distintos estándares de seguridad no producen efectos (esta Ley de Smeed ha sido rechazada en diversos estudios empíricos recientes, por ser inconsistente con la observación de tasas de accidentes declinantes en diversos países). http://en.wikipedia.org/wiki/Peltzman_effect